


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TS




SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG·
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

24

37

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VI. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIe Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band VII.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1888.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Art. 27 Ziff. 1 und Art. 31 B.-Ges. vom 27. Juni 1874 betr. die Organisation der Bundesrechtspflege. Können Steuerstreitigkeiten, welche nach dem kantonalen Rechte zu den Justizsachen gehören, an das Bundesgericht als Civilgericht gebracht werden?*

B. in Zürich hatte der schweiz. meteorologischen Centralanstalt ein Vermächtniss von Fr. 100,000 zugewandt. Von diesem Legat verlangte der Kanton Zürich die gesetzliche Erbschaftssteuer, wogegen das eidg. Departement des Innern Steuerfreiheit beanspruchte, einerseits weil es sich um ein Legat zu gemeinnützigen Zwecken handle, welches nach § 2 lit. d des zürch. Erbschaftssteuergesetzes steuerfrei sei, und anderseits weil die zürcherische Erbschaftssteuer eine wirkliche, unmittelbar den Erben oder Vermächtnissnehmer treffende, also eine directe Steuer sei, mit welcher der Bund nach Art. 7 des B.-Ges. vom 23. December 1851 nicht belegt werden dürfe. Da nach § 9 Abs. 2 des zürch. Erbschaftssteuergesetzes dem Steuerpflichtigen frei steht, über die Richtigkeit der an ihn gestellten Steuerforderungen schliesslich den Entscheid der Gerichte anzurufen, und die Regierung von Zürich der Ansicht war, dass Art. 27 Ziff. 1 des B.-Ges. über die Organisation der B.-Rechtspflege auch für solche Streitigkeiten die Zuständigkeit des Bundesgerichtes begründe, so trat dieselbe beim Bundesgerichte mit dem Begehren auf, es sei der Bund schuldig zu erklären, an den Kanton Zürich die Erbschaftssteuer von Fr. 15,000 zu bezahlen. Trotzdem der Bundesrath die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht bestritt, erklärte sich dasselbe, von Amteswegen, inkompetent. Gründe: Die Streitsache ist nicht civil- sondern öffentlich-rechtlicher Natur. Dass das Klagebegehren auf eine Geldleistung geht, ist für die rechtliche Natur des Klageanspruches nicht entscheidend. Entscheidend ist viel-

mehr, dass nicht eine aus privatrechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien, sondern eine aus der staatlichen Steuerhoheit des Kantons Zürich gemäss der bestehenden Steuergesetzgebung abgeleitete Forderung geltend gemacht wird. Derartige Steuerforderungen gehören aber nach konstanter bundesrechtlicher Praxis nicht dem Privat-, sondern dem öffentlichen Rechte an. Unzweifelhaft wäre denn auch nach der Gesetzgebung des Kantons Zürich die vorliegende Erbsteuerstreitigkeit nicht als Civil- sondern als Verwaltungsstreitsache zu behandeln[1]). Auch soweit es sich darum handelt, ob nicht der beklagte Bundesfiskus durch Art. 7 des B.-Ges. betreffend die politischen und polizeilichen Garantien vom 23. December 1851 von der streitigen Steuer befreit sei, liegt nicht ein Privatrechtsstreit vor; denn die

---

[1]) Bekanntlich decken sich die Begriffe Civilrechtsstreitigkeit und Justizsache nicht. In den Kantonen werden vielfach Streitigkeiten des öffentlichen Rechtes den ordentlichen Gerichten überwiesen, bezw. steht den Privaten gegen Aussprüche der Verwaltung der ordentliche Rechtsweg offen. So im Kanton Zürich bei den Erbschaftssteuerstreitigkeiten. Dadurch wird natürlich die innere Natur des Rechtsverhältnisses nicht geändert, das öffentliche Rechtsverhältniss muss immer nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes beurtheilt werden. Dagegen werden allerdings durch solche Bestimmungen die betreffenden öffentlichrechtlichen Streitigkeiten zu (der verwaltungsgerichtlichen Kompetenz entzogenen) Justizsachen, und es dürfte sich fragen, ob nicht wenigstens Art. 31 des B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, wonach das B.-Gericht verpflichtet ist, „die Beurtheilung auch anderer als der in den Artikeln 27—29 genannten Rechtsfälle zu übernehmen, wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand einen Hauptwerth von Fr. 3000 hat", auf solche Streitigkeiten, d. h. auf alle Streitigkeiten, deren Entscheidung nach der kantonalen Gesetzgebung den ordentlichen Gerichten überwiesen ist, auszudehnen sei. Einsender dies hat früher, in dem in Bd. VIII S. 540 ff. der amtl. Samml. d. b.-g. Entscheidungen abgedruckten Falle, einen solchen Antrag gestellt und denselben damit begründet, dass in Art. 31 allgemein von Rechtsfällen, nicht bloss von Civilstreitigkeiten, die Rede sei und das B.-Gesetz in Art. 27 Abs. 2 dem Bundesgericht als Civilgericht ja auch Streitigkeiten zur Entscheidung überweise, welche offenbar öffentlichrechtlicher und nicht civilrechtlicher Natur seien (Anstände betr. Heimatlosigkeit und Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone); allein sein Antrag ist damals verworfen und hieran auch in dem Urtheil Grandjean u. Gen. c. Bern v. 22. Juli 1887 (Amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. XIII S. 340 Erw. 1) festgehalten worden.

vom Bunde in Anspruch genommene Steuerbefreiung gründet sich nicht auf eine besondere hoheitliche Verleihung[1]), ein Privileg im juristischen Sinne des Worts, sondern auf ein Gesetz des singulären Rechts, welches ein Privatrecht des Bundesfiskus zu begründen nicht geeignet ist. (Entsch. v. 1. Okt. 1887 i. S. Zürich c. Bund.)

---

2. *Art. 1 u. 10 des B.-Ges. vom 22. Juni 1881 betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit im Sinne dieses Gesetzes.*

In einem Falle, wo streitig war, ob das von einem in der Schweiz wohnhaft gewesenen und verstorbenen Württemberger errichtete Testament materiell gültig oder wegen Verletzung des Pflichttheils der gesetzlichen Erben anfechtbar sei, hatte das kantonale Gericht die Entscheidung, es komme württembergisches Recht zur Anwendung, auf Art. 10 des B.-Ges. betr. die Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 gestützt. Das Bundesgericht fand, dass die Entscheidung den bundesrechtlichen Begriff der persönlichen Handlungsfähigkeit verkannt und daher das citirte Bundesgesetz durch unrichtige Anwendung auf einen Thatbestand, auf welchen dasselbe nicht angewendet werden wolle, verletzt habe.[2]) Motive: „Das B.-Gesetz vom 22. Juni 1881 normirt lediglich die persönliche Handlungsfähigkeit im strengen Sinne des Wortes, d. h. die durch persönliche Momente bedingte privatrechtliche Selbständigkeit der Person. Dagegen enthält es darüber, wie weit die Befugniss privatrechtlich selbständiger Personen zu autonomischer Ordnung ihrer Privatangelegenheiten reiche oder durch zwingende gesetzliche Vorschriften eingeschränkt sei, keine Bestimmungen[3]). Hiebei handelt es sich nicht um die persönliche Handlungsfähigkeit, sondern vielmehr darum, ob bestimmte Rechtsgeschäfte ihrem Inhalte nach zulässig und gültig seien oder nicht. In casu war nun nicht die Handlungs- (Testir-)fähigkeit des Erblassers resp. die Frage, ob der Erblasser mit Rücksicht auf seine persönlichen Eigenschaften zur Errichtung eines Testamentes befähigt gewesen, sondern lediglich die inhaltliche Gültigkeit der letztwilligen Verordnung bestritten. (Entsch. v. 7. Oktbr. 1887 i. S. Dreher c. Dürr u. Cons.)

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. V N° 85 S. 121.
[2]) Vgl. diese Revue Bd. V N° 51 S. 74 f.
[3]) Vgl. diese Revue Bd. II N° 84 S. 115.

3. *Art. 131 O. R. und Art. 61 B.-Verfassung. Einrede der Kompensation gegen Forderungen, die auf rechtskräftigem Urtheile beruhen, in der Executionsinstanz.*

Ueber obige Frage entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgendes: Frägt es sich, inwiefern eine Hemmung der Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile wegen der vom Vollstreckungsbeklagten erhobenen Einwendung der Kompensation mit Art. 61 B.-V. vereinbar sei, so ist zunächst zu bemerken: Art. 131 O. R. kann zur Rechtfertigung der Sistirung der Vollstreckung nicht herangezogen werden. Es ist richtig, dass dieser Artikel vorschreibt, der Schuldner könne die Verrechnung auch dann geltend machen, wenn seine Gegenforderung bestritten werde; es ist ferner richtig, dass Art. 132 O. R. unter denjenigen Forderungen, welche ausnahmsweise wider den Willen des Gläubigers nicht durch Verrechnung getilgt werden können, die auf rechtskräftigem Urtheile beruhenden Forderungen nicht aufzählt. Allein daraus folgt nicht, dass nach dem O. R. die Einwendung der Kompensation auch noch in der Executionsinstanz statthaft sei, d. h. dass Kompensationseinreden, welche bereits im Prozesse hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht worden sind, noch in der Executionsinstanz dem Judikatsanspruche entgegengestellt werden können. Eine solche Regel wäre mit Wesen und Zweck des Prozesses kaum vereinbar. Der Prozess ist ja auf definitive Feststellung des klägerischen Anspruches gerichtet und stellt daher an den Beklagten die Anforderung, dass er alle ihm gegen denselben zustehenden Einwendungen bei Strafe ihres Ausschlusses vorbringe. Das O. R. enthält denn auch jene Regel nicht, sondern schliesst zum mindesten nicht aus, dass die kantonale Prozessgesetzgebung das nachträgliche Vorbringen der Kompensationseinrede in der Executionsinstanz als unzulässig erkläre. Ebenso modifiziren die Bestimmungen des O. R. über Kompensation die kantonalgesetzlichen Vorschriften nicht, welche im Vollstreckungsverfahren (gegenüber rechtskräftigen Urtheilen) überhaupt nur solche Einreden zulassen, die sofort oder durch gewisse Beweismittel u. drgl. liquid gestellt werden können; das O. R. steht nicht entgegen, dass die Kompensationseinrede in dieser Beziehung behandelt werde wie eine andere Einrede. In der That handelt es sich hier ja nicht um Fragen des materiellen Privatrechts, sondern um Fragen des (der kantonalen Regelung anheimgegebenen) Prozessrechtes, um Regeln des Vollstreckungsverfahrens. Art. 61 B.-V. verpflichtet die Kantone jedenfalls, ausserkantonale

rechtskräftige Urtheile in gleicher Weise wie die Urtheile ihrer eigenen Gerichte zu vollziehen. Nun bestimmt aber Art. 1 Abs. 2 der appenzellischen „Verordnung über die Prozesseinleitung und das Verfahren vor Vermittleramt“ vom 29. April 1883, dass gegen Forderungen und Amtsbote, welche sich auf ein gerichtliches Urtheil stützen, kein Rechtsvorschlag zulässig sei. Sollte auch aus dieser Gesetzesbestimmung nicht, wie ihr Wortlaut es mit sich zu bringen scheint, gefolgert werden müssen, dass materiell-rechtliche Einwendungen gegen den Judikatsanspruch die Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils niemals zu hemmen vermögen, so ist aus derselben doch jedenfalls abzuleiten, dass nicht wegen jeder beliebigen, vom Vollstreckungsbeklagten aufgeworfenen derartigen Einwendung eine Sistirung der Vollstreckung stattfinden darf; insbesondere muss festgehalten werden, dass die gedachte Vorschrift Einwendungen, wie die hier in Frage stehende, ausschliesst. Die vom Vollstreckungsbeklagten aufgeworfene Kompensationseinrede nämlich stützt sich auf eine Forderung, welche aus der Zeit vor Erlass des Urtheils datirt, und ist völlig illiquid. Die Berücksichtigung derartiger Einwendungen in der Executionsinstanz steht aber mit dem Grundsatze prompter Vollstreckung richterlicher Urtheile, wie er in Art. 1 Abs. 2 der appenzellischen Verordnung vom 29. April 1883 enthalten ist, jedenfalls in Widerspruch; sie verletzt somit in ihrer Anwendung auf ausserkantonale schweizerische Urtheile den Art. 61 der B.-V. (Entsch. v. 5. Novbr. 1887 i. S. Barell c. Schmid.)

---

4. *Art. 229 ff. O. R. Kauf von Früchten einer verpfändeten Liegenschaft. Richtet die Haftung des Käufers sich ausschliesslich nach eidg. Recht? Verhältniss der kantonalen Bestimmungen über das sog. „Blumensuchen“ zum eidg. O. R. Inwiefern ist der staatsrechtliche Rekurs gegen Verfügungen kantonaler Behörden wegen Verletzung des eidg. Privatrechts zulässig?*

F. in O. Kt. Nidwalden hatte im Jahre 1885 von dem damaligen Eigenthümer einer im gleichen Kanton gelegenen Liegenschaft M. W. einen Theil des 1885er Heuertrages dieser Liegenschaft gekauft und den Kaufpreis bezahlt. Das gekaufte Heu hat er einer Kuh verfüttert, die sich seit Dezember 1886 nicht mehr in seinem Besitze befindet. Zu Martini 1886 gerieth M. W. in Konkurs und in diesem gelangte das Gut an J. C., als Inhaber einer auf demselben haftenden Gült. Da für die auf der Liegenschaft haftenden 1885er Gültzinse

auf die „letzte Gült“ geschätzt worden war, so hatte der neue Erwerber des Guts diese Zinsen zu bezahlen, erlangte dadurch aber andrerseits das Recht zum „Blumensuchen“, d. h. das Recht, den 1885er „Blumen“ (d. h. den Gutsertrag des Jahres 1885) sowie das Vieh, das von demselben genossen, für Tilgung dieser Zinsschuld in Anspruch zu nehmen. Er belangte nun den F. auf Bezahlung von Fr. 518, weil dieser in fraglichem Betrage vom 1885er „Blumen“ des Gutes Unterhostatt bezogen habe. Das Obergericht von Nidwalden hiess die Klage gut, indem es sein Urtheil im wesentlichen dahin begründete: Bereits in einem frühern obergerichtlichen Urtheile sei ausgeführt worden, dass das Blumensuchen allerdings als ein „dingliches Pfandrecht“ erscheine, dass aber nach der Landesübung in der Regel der unmittelbare Blumennutzer, so lange er zahlungsfähig sei, vorerst behaftet, und nur wenn letzteres nicht der Fall sei, das Vieh aufgegriffen werde, wo es sich finden möge. An dieser Uebung, welche sich durch gewichtige praktische Gründe rechtfertige, sei festzuhalten.[1])

F. ergriff gegen diese Entscheidung den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht, und begründete denselben u. A. damit, dass das angefochtene Urtheil, welches den Käufor des „Blumens“ persönlich verantwortlich erkläre, das eidg. O. R. verletze. Denn es statuire eine rein persönliche, obligatorische Verpflichtung des „Blumennutzers“, welche auf keinem im Obligationenrechte anerkannten Entstehungsgrunde einer Obligation beruhe. Das Bundesgericht entsprach der Beschwerde. Gründe: Wegen unrichtiger Anwendung von Bestimmungen des eidgenössischen Privatrechts, speziell des O. R., im Civilprozess- und Vollstreckungsverfahren ist eine staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht, wie dieses schon häufig ausgesprochen hat, nicht zulässig, sondern findet nur die civilrechtliche Weiterziehung im Sinne des Art. 29 Org.-G., unter den in letzterer Gesetzesbestimmung angegebenen Voraussetzungen, statt. Dagegen ist eine staatsrechtliche Beschwerde dann statthaft, wenn, entgegen dem klaren Willen des eidg. Gesetzes, eidg. Recht überhaupt nicht, sondern an dessen Stelle kantonales Recht angewendet und dadurch der verfassungsmässige Grundsatz (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zur Bundesverfassung), dass Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht, faktisch negirt wird (vergl. in diesem Sinne Entscheidung i. S. Gerig

---

[1]) S. amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. X S. 204 f.

vom 22. Oktober 1886, Amtl. Sammlg. XII S. 547 u. ff.).[1]) Nun mag dahin gestellt bleiben, ob das sogen. Recht des Blumensuchens, insoweit es als gesetzliches Pfandrecht des Gültgläubigers oder an seiner Stelle des Wurfübernehmers einer Liegenschaft an den (veräusserten) Früchten des verpfändeten Gutes oder an dem Vieh, das solche geäzt hat, sich darstellt, mit den Bestimmungen des O. R. über das Pfandrecht an beweglichen Sachen verträglich oder nicht vielmehr durch dieses Bundesgesetz beseitigt ist. Denn in derjenigen Anwendung, welche im vorliegenden Falle dem Rechte des Blumensuchens gegeben worden ist, kann dasselbe jedenfalls nicht mehr als Pfandrecht, als dingliches Recht an fremder Sache, bezeichnet werden. In dieser Anwendung, wo dasselbe einfach gegen den Erwerber von Früchten einer verpfändeten Liegenschaft persönlich sich richtet und nicht auf Befriedigung aus bestimmten Sachen geht, erscheint es als persönliches, obligatorisches und in keiner Weise als dingliches Recht. Ist dies aber richtig, so ist klar, dass alsdann die Frage, ob eine solche persönliche Haftung des Fruchterwerbers besteht, sich seit dem Inkrafttreten des eidg. O. R. nicht mehr nach kantonalem, sondern nach eidgenössischem Rechte, eben nach den Bestimmungen des O. R. beurtheilt. Das Obligationenrecht normirt zweifellos die Verpflichtungen des Erwerbers, speziell des Käufers beweglicher Sachen ganz allgemein, auch für den Kauf von Liegenschaftserzeugnissen; das Obligationenrecht bestimmt die Beendigungsgründe solcher Verpflichtungen und lässt in dieser Beziehung dem kantonalen Rechte keinen Spielraum mehr. Durch die sachbezüglichen Normen des Obligationenrechtes sind kantonalgesetzliche Bestimmungen, welche die, nach Massgabe des Obligationenrechtes getilgte, Verpflichtung des Käufers gegenüber dritten Personen (Hypothekargläubigern u. dergl.) unter gewissen Voraussetzungen fortdauern lassen, nicht mehr zulässig; es geht nicht mehr an, dass die kantonale Gesetzgebung an den Thatbestand des Kaufes beweglicher Sachen privatrechtliche Wirkungen knüpfe, welche dem eidgenössischen Rechte fremd sind. (Entsch. v. 21. Oktober 1887 i. S. Fluri c. Christen.)

---

5. *Art. 231 Abs. 1 O. R. Weist diese Gesetzesbestimmung ganz allgemein und in allen Beziehungen den Kaufvertrag über Liegenschaften der kantonalen Gesetzgebung zu?*

Dem unten bezeichneten[2]) Urtheile des Bundesgerichtes

---

[1]) Diese Revue Bd. V. N° 5 S. 7. [2]) Mit 5 gegen 4 Stimmen gefällten.

entnehmen wir hierüber folgendes: Die Vorschrift des Art. 231 Abs. 1 O. R.: „Für Kaufverträge über Liegenschaften gilt das kantonale Recht", hat bekanntlich in Doktrin und Praxis eine sehr verschiedene Auffassung gefunden. Von der einen Seite[1]) wird diese Bestimmung dahin ausgelegt, sie behalte nur besondere, speziell für den Liegenschaftenkauf gegebene Vorschriften des kant. Rechtes vor; insoweit also besondere kantonalrechtliche Bestimmungen nicht bestehen, gelte auch für Kaufverträge über Liegenschaften durchaus das Bundesgesetz, sowohl insoweit dasselbe allgemeine Grundsätze des O. R. aufstelle, als insoweit es speziell den Kaufvertrag normire. Dagegen wird von anderer Seite[2]) ausgeführt, nach Art. 231 Abs. 1 cit. seien die bundesgesetzlichen Bestimmungen über den Kauf (Tit. VII O. R.) auf Liegenschaftenkäufe nicht anwendbar; dagegen werden die allgemeinen Materien des O. R. durch das Bundesgesetz, soweit dieses nicht spezielle Vorbehalte zu Gunsten des kant. Rechtes enthalte (in Tit I—V), erschöpfend normirt, so dass die allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätze auch für Kaufverträge über Liegenschaften gelten. Eine dritte Meinung[3]) endlich geht dahin, durch Art. 231 Abs. 1 O. R. seien die Kaufverträge über Liegenschaften von der Normirung durch das B.-Gesetz überhaupt ausgeschlossen und in allen Richtungen (sowohl bezüglich der allgemeinen als der speziell den Kauf beschlagenden Bestimmungen) dem kantonalen Rechte unterstellt. Die erste Meinung erscheint als mit dem Wortlaut und Zusammenhang des Gesetzes schlechthin unvereinbar. Der Grundsatz des Art. 231 Abs. 1 O. R. ist unter der Rubrik „Allgemeine Bestimmungen" an die Spitze des Titels von Kauf und Tausch gestellt. Demnach kann gewiss keinem Zweifel unterliegen, dass demselben zum mindesten die Bedeutung zukommen muss, die Anwendung der Bestimmungen dieses Titels auf Liegenschaftenkäufe auszuschliessen. Die in Rede stehende Meinung legt überdem dem O. R. für den Liegenschaftenkauf blos die Bedeutung eines subsidiären, nicht absolut gemeinen Rechtes bei. Hiefür ist, da das O. R. für seine Normen zweifellos der Regel nach

---

[1]) Haberstich, Handbuch des eidg. O. R. Bd. I S. 11 ff. und Oberrichter F. Schneider in Zeitschr. f. schweiz. Recht Bd. XXVI S. 473 ff.

[2]) Hafner, Ausgabe des eidg. O. R. Einleitung S. XVI Note * und diese Revue Bd. III S. 36 Nr. 38. Rossel, Manuel du droit civil de la Suisse romande, S. 331.

[3]) Schneider, Commentar zum eidg. O. R. (2. Aufl.) S. 201, Anm. 2 zu Art. 231; ferner Roguin, Zeitschrift für schweiz. R. Bd. XXVI S. 591 ff; s. auch S. 578 ff.

im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft gleichmässige Geltung beansprucht, nicht zu vermuthen. Da, wo der Gesetzgeber dem O. R. wirklich blos subsidiäre Geltung beilegen will, ist dies im Gesetz unzweideutig angedeutet (vgl. Art. 64 und 896 O. R.). Wenn daher den Bestimmungen des VII. Titels O. R. für den Liegenschaftenkauf die Bedeutung eines subsidiären Gesetzes hätte beigelegt werden wollen, so wäre dies gewiss im Texte des Gesetzes zum klaren Ausdruck gelangt; dies umsomehr, als in dem Entwurfe des Gesetzes von 1875 (s. Art. 284 desselben) eine unzweideutige Bestimmung dieses Inhaltes wirklich enthalten war. Dieselbe wurde aber eben nicht festgehalten, sondern an deren Stelle trat schliesslich die ganz anders gefasste Bestimmung des Art. 231 Abs. 1 des Gesetzes. Es kann sich also blos noch fragen, ob nicht wenigstens die auf allgemeine Lehren des O. R. bezüglichen Bestimmungen des B.-Ges. auch für Liegenschaftenkäufe gelten. Diese Frage ist indess richtiger zu verneinen. Hiefür spricht in erster Linie wiederum der Wortlaut des Art. 231 Abs. 1. Derselbe behält für Kaufverträge über Liegenschaften das kant. Recht ganz allgemein vor, ohne jede Unterscheidung zwischen generellen und speziellen Bestimmungen und ohne irgendwie anzudeuten, dass Liegenschaftenkäufe doch theilweise, soweit es sich um die Anwendung allgemeiner obligationenrechtlicher Grundsätze handle, den Bestimmungen nicht des kantonalen, sondern des eidg. Rechts unterstehen. Dafür spricht im fernern der Zweck des Gesetzes. Das Gesetz wollte, ganz abgesehen von der Frage, ob mit Rücksicht auf Art. 64 B.-V. die B.-Gesetzgebung überhaupt zuständig gewesen wäre, den Liegenschaftenkauf zu normiren, den Kantonen anheimstellen, den Verkehr mit Grundstücken ihrerseits, mit Rücksicht auf ihre speziellen Bedürfnisse und Einrichtungen, zu ordnen. Dieser gesetzgeberische Zweck würde nun aber nur unvollständig erreicht, wenn man den allgemeinen Bestimmungen des B.-G. auch für den Liegenschaftenkauf verbindliche Kraft beilegte. Denn es ist nicht zu verkennen, dass die Anwendung mancher allgemeinen Bestimmungen des O. R. auf Liegenschaftenkäufe zur Beseitigung gerade solcher Bestimmungen des kant. Immobiliarrechtes führen müsste, welche das Bundesgesetz zufolge der Vorschrift des Art. 231 Abs. 1 unberührt lassen wollte. So wird z. B. nicht zu bezweifeln sein, dass durch den Vorbehalt des Art. 231 Abs. 1 O. R. der Kantonalgesetzgebung anheimgegeben werden sollte, die Folgen des Verzugs des Schuldners für den Immobiliarkauf anders zu ordnen, als dies die allgemeinen Be-

stimmungen des O. R. postuliren, etwa die Geltung des Grundsatzes des Art. 122 O. R. bei Säumniss des Käufers in Zahlung der Kaufsumme auszuschliessen; ebenso wird ferner nicht zu bezweifeln sein, dass der Kantonalgesetzgebung anheimgestellt werden sollte, für den Immobiliarkauf die Beifügung von Bedingungen, deren Zulässigkeit im Uebrigen aus dem Zusammenhange des O. R. gefolgert werden müsste, als unzulässig zu erklären. Kantonalgesetzliche Vorschriften dieses Inhaltes aber erschienen, wenn der allgemeine Theil des O. R. auch für den Immobiliarkauf Geltung hätte, ohne Weiteres als unzulässig. Denn in diesem Falle wäre den Kantonen untersagt, Gesetzesbestimmungen, welche mit dem allgemeinen Theil des O. R. nicht vereinbar wären, ja welche sich auch nur auf Punkte bezögen, die durch denselben direkt oder folgeweise geregelt wären, für den Immobiliarkauf aufzustellen oder aufrecht zu erhalten. Alle Fragen, welche durch den allgemeinen Theil des O. R. direkt oder folgeweise sich normirt fänden, wären auch für den Liegenschaftenkauf ausschliesslich nach dem eidg. O. R. zu beurtheilen und es könnte die kantonale Gesetzgebung keine speziell den Immobiliarkauf betreffenden modifizirenden Vorschriften festhalten. Bei dieser Regelung wären dann auch, angesichts des innern Zusammenhanges und der wechselseitigen Bedingtheit der allgemeinen und besondern obligationenrechtlichen Vorschriften, eine weitgehende Rechtsunsicherheit betreffend die fortdauernde Geltung kantonalgesetzlicher Normen sowie mannigfache Complicationen in der Rechtsanwendung unvermeidlich. Aus Art. 10 O. R. kann die Annahme, dass der allgemeine Theil des O. R. auf Liegenschaftenkäufe anwendbar sei, nicht gefolgert werden. Derselbe bezieht sich nicht blos auf den Kaufvertrag über Liegenschaften, besitzt also neben Art. 231 Abs. 1 O. R. noch eine selbständige Bedeutung. Allein wenn dem sogar nicht so wäre, so fände sich dann einfach in Art. 10 die Regel des Art. 231 Abs. 1 für einen speziellen Anwendungsfall noch besonders bestätigt, was um so weniger auffallen könnte, als das B.-Gesetz sich über seine Kompetenzgrenzen gegenüber dem kant. Recht nicht allgemein und prinzipiell ausspricht, sondern nur jeweilen bei einzelnen Materien besondere Vorbehalte aufstellt, ein Verfahren, bei welchem dann offenbar Wiederholungen sehr leicht vorkommen können. (Entsch. v. 3. Dezbr. 1887 i. S. Micolajczak c. Brunner.)

6. *Art. 294 O. R. Retentionsrecht des Vermiethers. Können kantonale Gesetzesbestimmungen, welche diesen Gegenstand beschlagen, neben dem Bundesgesetz noch fortbestehen? Droit de suite des Vermiethers.*

Gestützt auf Art. 1707 des neuenburg. bürgerlichen Gesetzbuches, welcher bestimmt: „Le propriétaire peut saisir „les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme, lorsqu'ils „ont été déplacés sans son consentement, et il conserve sur „eux son privilège, pourvu qu'il ait fait la revendication, „savoir: lorsqu'il s'agit du mobilier qui garnissait une ferme, „dans le délai de quarante jours, et dans celui de quinzaine, „s'il s'agit des meubles garnissant une maison“, hatte das neuenburgische Gericht auf Begehren des M. die ohne dessen Wissen von R. aus der bei M. gemietheten Wohnung weg und in eine andere Wohnung gebrachten Möbeln mit Arrest belegen lassen. Auf die staatsrechtliche Beschwerde[1]) des R., welcher behauptete, dass die citirte neuenb. Gesetzesbestimmung durch das eidg. O. R. ausser Kraft gesetzt sei, hob das Bundesgericht in der That den Arrest auf, gestützt darauf, dass das eidg. O. R. in Titel VIII die Miethe und Pacht, mit einziger Ausnahme der in Art. 281 Abs. 3 und Art. 294 Abs. 2 a. E. aufgestellten Vorbehalte des kant. Rechts, vollständig regeln wolle, daher alle kantonalgesetzlichen Vorschriften, welche diese Materie betreffen und nicht ausdrücklich vorbehalten seien, ihre Geltung verloren haben.[2]) (Entsch. v. 11. Novbr. 1887 i. S. Rossel c. Meuron.)

---

7. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken. Kann auch für Waaren, deren Fabrikation oder Vertrieb in einem Kanton verboten oder an eine besondere Bewilligung geknüpft ist, ein Markenrecht gültig erworben werden?*

In einem Markenschutzfalle wurde die den Angeklagten freisprechende Entscheidung des kant. Gerichts u. A. darauf gestützt, es sei der Handel mit der Waare, für welche das

---

[1]) Vgl. oben Nr. 4 und diese Revue Bd. V Nr. 86 S. 122 und Nr. 5 S. 7.

[2]) Ueber die Frage, ob dem Vermiether nach der Natur des ihm in Art. 294 eingeräumten Retentionsrechtes Rechtsmittel zur Wiedererlangung der weggebrachten Sachen zustehen, hatte sich das B.-Gericht in der staatsrechtlichen Entscheidung nicht auszusprechen; vgl. hierüber Schneider und Fick, Commentar, 2. Aufl., S. 247 Anm. 7 zu Art. 294.

Zeichen der Rekurrentin verwendet wurde, zur Zeit der eingeklagten Markenrechtsverletzungen in dem betreffenden Kanton verboten gewesen und es habe daher das Zeichen keinen Anspruch auf Schutz. Das Bundesgericht, bei welchem Kläger den staatsrechtlichen Rekurs[1]) gegen das Urtheil ergriffen hatte, hob dasselbe auf. Gründe: Das eidg. Markenschutzgesetz enthält keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob für verbotene Waare ein Zeichenrecht gültig erworben werden könne. Der vom Rekursbeklagten angeführte Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes, welcher Waarenzeichen ausschliesst, die gegen die guten Sitten verstossen, bestimmt hierüber nichts; derselbe bezieht sich auf die Beschaffenheit des Zeichens, nicht der Waare. Die Frage ist daher nach Sinn und Geist des Gesetzes zu lösen. Zunächst könnte aus dem Stillschweigen des Gesetzes, daraus, dass dasselbe nicht vorschreibt, es sei für verbotene Waaren bestimmten Zeichen der Eintrag und Schutz zu versagen, gefolgert werden, dass auch solche Zeichen allgemein und ohne Unterschied geschützt werden müssen. Allein dies ginge wohl zu weit. Es wird vielmehr festzuhalten sein, dass für Waaren, deren Vertrieb absolut und im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft, speziell durch Bundesgesetz, verboten ist, ein Markenrecht nicht erworben werden kann; denn wenn die Rechtsordnung ein Markenrecht für derartige, z. B. lediglich unsittlichen Zwecken dienende Waaren anerkennen würde, so träte sie, wie mit Grund geltend gemacht worden ist (Kohler, Recht des Markenschutzes, S. 214), mit sich selbst in Widerspruch. Anders verhält es sich aber in Betreff von Waaren, die nicht absolut und nicht im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft verboten sind, sondern deren Vertrieb nur in einzelnen Kantonen untersagt oder nur mit besonderer staatlicher Bewilligung u. drgl. erlaubt ist. Zeichen für derartige Waaren kann der Schutz des Bundesgesetzes mit Grund nicht versagt werden. Das Gesetz schliesst sie nirgends aus und ein innerer Widerspruch liegt in deren Anerkennung durchaus nicht. Der Marken-

---

[1]) Siehe diese Revue Bd. II S. 3 Nr. 1 und S. 10 Nr. 16 lit. a. Seither hat das B.-Gericht konstant daran festgehalten, dass kantonale Strafurtheile wegen Verletzung des B.-Ges. über den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken im Wege des staatsrechtl. Rekurses beim B.-Gerichte angefochten werden können; vgl. diese Revue Bd. III Nr. 76 S. 89, Nr. 143 S. 185; Bd. IV Nr. 11 S. 7. — Amtl. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. IX S. 474 ff., 561 ff.; Bd. X S. 223 u. S. 491; Bd. XI S. 136.

berechtigte kann ja die etwa nöthige staatliche Bewilligung später erwerben; er (und ebenso der Nachahmer seiner Marke) kann seine Waare in andern Kantonen oder im Auslande absetzen, wo der Verkehr damit ohne weiteres erlaubt ist u. s. w. (über die ganze Frage vgl. Kohler a. a. O.). Es geht daher nicht an, einer Marke den bundesgesetzlichen Schutz in einem Kanton deshalb zu versagen, weil nach kantonalen Polizeigesetzen der Verkehr mit der betreffenden Waare untersagt bezw. nur bedingt erlaubt ist. Ein Eingriff in die Polizeigesetzgebung der Kantone wird durch den Schutz solcher Marken durchaus nicht bedingt. Das Verbot des Handels mit der Waare bleibt völlig intakt; es muss nur der Markenberechtigte gegen Nachahmungen seiner Marke in dem betreffenden Kanton, dessen Gesetzgebung ein solches Verbot enthält, wie in der ganzen übrigen Schweiz nach Massgabe des Bundesgesetzes geschützt werden. Nicht für die grundsätzliche Frage des Schutzes der Marke, sondern nur für den Schadenersatz ist der Umstand, dass die Waare im Kantonsgebiete vom Markenberechtigten nicht vertrieben werden durfte, insofern von Bedeutung, als es sich um Waaren handelt, die der Nachahmer in diesem Kanton abgesetzt hat. (Entsch. v. 21. Oktober 1887 i. S. Burgoyne & Cie. c. Süsstrunk.)[1])

---

8. *Art. 59 B.-V. und Art. 8 Abs. 2 des B.-Ges. über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 22./23. Decbr. 1872. Können Ansprüche an die Pensions- oder Hülfskassen der Eisenbahngesellschaften am Gerichtsstande dieser letztern geltend gemacht werden?*

Ansprüche an Pensions- oder Hülfskassen von Eisenbahngesellschaften können, sofern die Pensions- oder Hülfskasse sich nicht lediglich als eine Kasse oder Verwaltungsabtheilung der Eisenbahngesellschaft, sondern (wie diejenige der Nordostbahn) als selbständige juristische Person darstellt, nicht an den nach § 8 Abs. 2 des citirten Bundesgesetzes für die Eisenbahngesellschaft begründeten Gerichtsständen, sondern

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. V Nr. 110 S. 160. In casu war ferner streitig, ob das angefochtene Urtheil das eidg. Markenschutzgesetz auch insofern verletze, als es sich darauf stützte, es liege eine täuschende Nachahmung der klägerischen Marke überhaupt nicht vor. Auch auf diese Frage trat das B.-Gericht ein und bejahte dieselbe. Vgl. über die Natur dieser Frage diese Revue Bd. IV Nr. 92 S. 126.

nur bei den Gerichten des statutarischen Sitzes der Kasse geltend gemacht werden. (Entsch. v. 16. Septbr. 1887 i. S. Bättig c. Nordostbahn; a. S. d. b.-g. E., XIII, S. 276 ff.)

---

9. *Art. 59 B.-V. Inwiefern ist die adhäsionsweise Geltendmachung von Civilansprüchen im Strafverfahren im interkantonalen Rechtsverkehr zulässig? Anfechtung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners durch dessen Gläubiger.*

Die bundesrechtliche Praxis hat konstant anerkannt, dass der einer strafbaren Handlung Schuldige ungeachtet Art. 59 Abs. 1 B.-V., auch wenn er nicht im Kanton der Strafverfolgung wohnt, im Strafverfahren adhäsionsweise für solche Civilansprüche belangt werden kann, welche auf dem gleichen Thatbestand wie die strafrechtliche Verfolgung beruhen. Der rechtfertigende Grund für diese Praxis wurde darin gefunden, dass in diesem Falle die Strafklage als die Hauptsache, die Civilklage dagegen lediglich als ein Accessorium derselben erscheine und nun Art 59 Abs. 1 B.-V. nur die Verfolgung selbständiger Civilansprüche im Auge habe.

Dagegen hat die bundesrechtliche Praxis stets und unbedingt festgehalten, dass Art. 59 Abs. 1 B.-V. die adhäsionsweise Verfolgung von Civilansprüchen gegen dritte, von der Strafklage nicht betroffene Personen im interkantonalen Rechtsverkehr ausschliesse, ja dass derselbe auch der civilrechtlichen Verurtheilung eines ursprünglich in die Strafverfolgung einbezogenen, aber nachträglich ausser Verfolgung gesetzten oder freigesprochenen Angeschuldigten durch den Strafrichter des Begehungsorts entgegenstehe. Dies gilt für alle Fälle dieser Art, mag der Dritte belangt werden, weil er civilrechtlich für die Folgen des vom Angeklagten begangenen Delikts verantwortlich ist (als Dienstherr desselben u. dgl.), oder mag die Civilklage die Aufhebung eines von ihm mit dem Angeklagten abgeschlossenen Vertrages wegen widerrechtlicher Verkürzung der Gläubiger u. s. w. bezwecken. Auch im letztern Falle handelt es sich dem Dritten gegenüber um einen selbständigen rein privatrechtlichen Anspruch, dessen Bestand davon abhängt, ob gegenüber dem Dritten die privatrechtlichen Voraussetzungen der (paullianischen) Anfechtungsklage gegeben seien. (Entsch. v. 21. Novbr. 1887 i. S. Teissier c. Konkursgläubiger des L. Monnet.)

---

10. *Staatsvertrag zwischen der Schweiz und dem Grossherzogthum Baden vom 7. Juli 1808 betr. Behandlung der beidseitigen Angehörigen in Konkursfällen. Gerichtsstand für Anfechtungsklagen.*

Der Staatsvertrag der Schweiz mit dem Grossherzogthum Baden vom 7. Juli 1808 enthält keine Bestimmung über den Gerichtsstand für Anfechtungsklagen, sondern schreibt in seinem Art. 1 bloss vor, dass beidseitig die Angehörigen des andern Vertragstheils in Bezug auf die Lokation im Konkurse den eigenen Angehörigen gleichgehalten werden sollen. (Entsch. v. 18. Novbr. 1887 i. S. Mendel c. Kreditbank Basel.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

11. *Beschädigung durch Thiere. Sinn des Ausdrucks: wer ein Thier hält. Art. 65 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 26. Febr. 1887 i. S. Stähelin c. Regli.

Am 4. Juli 1886 wurde der Droschkenführer Stähelin, als er mit seiner Droschke den Schwanenplatz passieren wollte, von dem Omnibus des Hotel Rigi, dessen zwei Pferde in wildem Lauf und ohne Führer daher gesprengt kamen, überfahren, erheblich verletzt und die Droschke zertrümmert. Wie sich ergab, war der Omnibus unbewacht vor dem Hotel gestanden, und die Pferde waren durch eine vorbeiziehende Musik scheu geworden und durchgegangen. Dem Stähelin war das Ausweichen unmöglich. Zwischen den Inhabern des Hotel Rigi und E. Müller bestand ein Vertrag, wonach letzterer die Führung des Omnibus zwischen dem Hotel und dem Bahnhof und den Dampfschiffen unter Verantwortlichkeit für pünktliche Dienstleistung übernommen hatte und die Pferde nebst dem Kutscher stellen musste. Die Hotelbesitzer hatten dem Kutscher die Kost zu geben und für die Leistungen Müllers 2000 Fr. zu bezahlen. Die Pferde, die den Unfall herbeiführten, gehörten dem Müller, und ihr Führer war in des letzteren Dienst. Der Beschädigte belangte die Hotelbesitzer Regli auf Schadenersatz: sie hätten den Omnibusführer, ohne für Ersatz zu sorgen, zum Mittagessen in das Haus gerufen, trotz dem grossen Verkehr, der damals, am Sonntag vor der Sempacher Feier, auf den Strassen herrschte, hätten also durch ihre Nachlässigkeit den Schaden verschuldet. Die Be-

klagten wendeten ein, die Sache gehe sie nichts an, Müller sei zu belangen, da sie dem Kutscher nichts zu befehlen gehabt, auch gegen das Stehenlassen der Pferde reclamiert hätten. Die erste Instanz verurtheilte die Beklagten, da nach Art. 65 O. R. für Schaden durch Thiere nicht deren Eigenthümer, sondern derjenige, der sie hält, hafte, also der momentane Inhaber, und als solche die Beklagten gelten müssen, weil die Pferde in ihrem Dienst verwendet worden seien; vorbehalten wurde ihnen der Regress gegen Müller. In Folge ergriffener Appellation reformierte das Obergericht das Urtheil und wies den Kläger gegenüber den Beklagten Regli ab. Das Urtheil führt zunächst aus, dass nach den Zeugenaussagen ein directes Verschulden der Beklagten (wegen Abrufens des Kutschers zum Mittagessen u. s. f.) nicht erwiesen sei, dass eine Haftbarkeit derselben also nur aus Art. 62 (Haftpflicht des Geschäftsherrn für seine Angestellten) oder aus Art. 65 (Haftbarkeit desjenigen, der ein Thier hält) sich ableiten liesse. Art. 62 treffe nicht zu, weil der Omnibusführer nicht Angestellter der Beklagten gewesen sei; aber auch Art. 65 sei hier nicht anwendbar, denn:

Ist allerdings unter dem hier verantwortlich Erklärten weder schlechtweg derjenige zu verstehen, der das Thier momentan führt („hält"), noch auch anderseits immer derjenige, dessen Eigenthum das Thier ist, so geht es doch offenbar zu weit, wenn die erste Instanz für die Anwendbarkeit des Art. 65 darauf abstellt, dass vorliegend die Pferde „im Dienste der Beklagten verwendet wurden". Wollte übrigens dieser Satztheil so verstanden werden, dass die Pferde im Dienste der Beklagten gestanden seien, so wäre das thatsächlich unrichtig. Die Beklagten hatten die Pferde nicht in ihren Dienst genommen, sondern von ihrem Kontrahenten Müller einfach die Führung des Omnibus ausbedungen; welche Pferde dieser hiezu gebrauchen wollte, war seine Sache; es standen daher die thatsächlich von ihm verwendeten Pferde fortan in seinem und nicht im Dienste der Beklagten. Indessen scheint die erste Instanz darauf abzustellen, dass die Pferde zum Vortheile der Beklagten, im Interesse ihres Hotelbetriebes, und in diesem Sinne allerdings auch in ihrem „Dienste" verwendet worden sind. Allein eine solche Ausdehnung des Art. 65 würde zu offenbar ganz unhaltbaren Consequenzen führen. Es wird für Verhältnisse von der Art des vorliegenden darauf abgestellt werden müssen, ob es sich gegebenen Falles um eine Sach- oder Dienstmiethe handle. Liegt das Erstere vor, wird also einfach ein Thier miethweise

in Gebrauch genommen, so kann allerdings die Anwendbarkeit des Art. 65 dem Miether gegenüber kaum zweifelhaft sein. Handelt es sich dagegen um eine Dienstmiethe, demgemäss vom Eigenthümer eines Thieres eine mit seiner eigenen oder seiner Angestellten Mitwirkung auszuführende Fuhrleistung bedungen wird, so ist sachgemäss die Anwendbarkeit der Bestimmung dem Miether gegenüber auszuschliessen. Das vorliegend zwischen den Beklagten und Müller bestandene Verhältniss gehört zur letzteren Kategorie. Die Beklagten hatten von Müller keine Pferde gemiethet, sondern bestimmte Fuhrleistungen, welche unter Mitwirkung eines Angestellten des Pferdehalters auszuführen waren; dass dieser Angestellte in der Verpflegung (nicht auch im Lohne) der Beklagten stand, ist von nebensächlicher Bedeutung und ändert an dem Rechtsverhältnisse Nichts. So wenig nun zweifelsohne die Beklagten für den Unfall hätten haften müssen, wenn die Führung des Wagens gerade nur für diesen Fall dem betreffenden Dritten (mit seinem Angestellten und seinen Pferden) übertragen gewesen wäre, so wenig besteht eine Haftbarkeit derselben, nachdem dieses Miethverhältniss nicht blos ein einmaliges vorübergehendes, sondern ein dauerndes gewesen ist.

---

12. *Haftpflicht für Schaden aus mangelhaftem Unterhalt eines Gebäudes. Art. 67 O. R.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts v. 3. Dec. 1886.

Der Kläger stand mit aufgespanntem Regenschirm vor dem Schaufenster eines Ladens, als ein Jalousieladen sammt der Blechverkleidung vom Hause auf ihn herabfiel und seinen Schirm und seine Kleidung beschädigte und theilweise unbrauchbar machte. Der von ihm belangte Hauseigenthümer bestritt seine Haftpflicht, weil der Schaden nicht in Folge mangelhafter Construction oder Unterhaltung des Gebäudes (Voraussetzung der Haft des Eigenthümers nach Art. 67 O. R.) entstanden sei, und weil für einen Schaden wie den vorliegenden laut noch geltendem Schaffhauser priv. Ges. B. § 1780 ff. der Bewohner des Hauses, der in diesem Fall nicht der Eigenthümer sei, hafte. Beide Instanzen erklärten die Klagforderung als begründet, das Obergericht mit folgender Motivierung:

Es ist in erster Linie zu untersuchen, ob die Voraussetzungen des Art. 67 O. R. oder aber der §§ 1780–1787 Pr. R. vorhanden sind. Denn da das Decret des Grossen

Rathes vom 13. Nov. 1882 die §§ 1780 ff. ausdrücklich als noch zu Recht bestehend erklärt, so haben wir zwei Schadenersatzansprüche, deren objective Voraussetzungen die nämlichen sind, welche sich aber gegen verschiedene Personen richten. Wenn aus einer Wohnung Sachen hinunterfallen und Schaden anrichten, weil sie nicht hinreichend befestigt waren, so haften dafür nach § 1786 Pr. R. der oder die Bewohner der Wohnung oder des Hauses. Eine gleiche Haftung statuiert der Art. 67 O. R. für den Eigenthümer eines Hauses bei Schaden, welchen dasselbe infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage verursacht. Es ist nun selbstverständlich, dass diese beiden Gesetzesbestimmungen sich nicht auf einen und denselben Fall beziehen können, da sonst eine Collision dadurch geschaffen wäre. Eine genauere Vergleichung zeigt denn auch, dass der Art. 67 O. R. für den Fall eine Haftung und zwar des Eigenthümers constituiert, wo ein Schaden durch das Haus selbst oder einen Bestandtheil desselben entsteht. Der § 1786 Pr. R. dagegen findet nur dann Anwendung, wenn ein nicht zum Hause gehörender Gegenstand durch Herabfallen Schaden anrichtet. Für einen Schaden, der durch einen Gegenstand verursacht wird, welcher seiner Bestimmung nach zum Hause gehört, einen Bestandtheil desselben ausmacht, ist es ohne Zweifel richtiger, den Eigenthümer haften zu lassen, während der Bewohner für allen den Schaden einstehen muss, welchen ein nicht zum Hause gehörender, zufällig sich dort befindender Gegenstand, z. B. ein Blumentopf, verursacht.

Es unterliegt nun keinem Zweifel, und ist auch in § 421 Pr. R. ausdrücklich anerkannt, dass Storen und Läden zu den Pertinenzen eines Hauses zu zählen sind, d. h. zu denjenigen Gegenständen, welche ihrer Bestimmung nach dazu gehören. Daraus muss geschlossen werden, dass, falls in concreto ein Schadenersatzanspruch überhaupt begründet ist, er gegen den Eigenthümer gerichtet sein muss und nicht gegen die Bewohner, da der Art. 67 O. R. zur Anwendung kommt und nicht § 1786 Pr. R.

Um aber die Haftbarkeit aus diesem Artikel zu begründen, ist es nothwendig, dass das Gebäude in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage einen Schaden verursache.

Es wird sich zuerst fragen, wem die Beweislast obliege; ob der Geschädigte zu beweisen hat, dass er in Folge mangelhafter Construction oder Unterhaltung des betreffenden Hausbestandtheiles geschädigt worden sei, oder aber, ob er nur

die Thatsache des Schadens zu beweisen hat. Im letzteren Falle müsste dann der Eigenthümer nachweisen, dass der Schaden auf andere Weise eingetreten sei und dass die Anlage sowohl wie die Unterhaltung des Hauses eine gute gewesen; mit andern Worten, es fragt sich, ob bis zum Beweise des Gegentheils angenommen werden darf, der Schaden rühre aus mangelhafter Anlage oder Unterhaltung her. Es fällt nun in Anbetracht, dass der Eigenthümer auch dann haftet, wenn er an der fehlerhaften Erstellung oder Unterhaltung keine Schuld trägt, dass der Art. 67 O. R. also eine Haftbarkeit ohne Rücksicht auf Schuld oder Nichtschuld des Eigenthümers konstituiert. Es muss im Ferneren berücksichtigt werden, dass der Geschädigte in den meisten Fällen in die Unmöglichkeit versetzt wäre, den Nachweis der Mangelhaftigkeit des Hauses resp. des betreffenden Bestandtheiles zu leisten, dass es dem Eigenthümer hingegen leichter wäre, nachzuweisen, dass der Schaden durch Schuld eines Dritten oder infolge Einwirkung höherer Gewalt entstanden sei. Das Gericht gelangt somit zu der Ansicht, dass bei der Frage der Schadenersatzpflicht aus Art. 67 O. R. der Eigenthümer dafür beweispflichtig ist, dass der Schaden auf andere Weise als durch fehlerhafte Anlage oder Unterhaltung entstanden ist, vorausgesetzt nur, dass der Kläger beweist, dass er durch Herabstürzen eines Hausbestandtheiles Schaden genommen. Ein directer Eingriff oder ein Verschulden einer Drittperson ist nun weder behauptet noch nachgewiesen, und ebenso ist die Einrede der höhern Gewalt nicht gestellt worden; somit muss der Schaden auf eine fehlerhafte Anlage oder Unterhaltung zurückgeführt werden. Denn in der That ist ein Fensterladen, der ohne Zuthun irgend einer Person und ohne dass höhere Gewalt auf ihn eingewirkt hätte, herabgestürzt, mangelhaft befestigt.

---

13. *Novation. Wiefern liegt solche in der Ausstellung von Wechseln? Art. 143 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 17. Juni 1886 i. S. B. c. X.

Im Concurse des X. forderte B. für geliefertes Mehl und Krüsch laut Buch Fr. 4367. 34, und als diese Forderung bestritten wurde, gab er die weitere Erklärung ab, dass hiefür 2 Wechsel im Betrage von zusammen Fr. 3200 existiren, und dass er seine Forderung auf letzteren Betrag reducire, ohne im Uebrigen an der früheren Eingabe, namentlich in

Betreff des Schuldgrundes, etwas zu ändern. Auch in der Klage, die er anstellen musste, weil die Bestreitung nicht zurückgezogen wurde, gründete er seinen Anspruch auf das zwischen ihm und dem Concursiten bestehende Rechnungsverhältniss und den laut Buch sich ergebenden Saldo. Die Klagbeantwortung bestritt nicht die Existenz des Rechnungssaldo im eingeklagten Betrag, sondern ausschliesslich die Echtheit der Unterschrift des X. auf den Wechseln. Die Klage wurde gutgeheissen.

Motive: Allerdings enthält die Concursbestreitung eine Anfechtung der Richtigkeit der Buchforderung, allein diese Bestreitung ist so allgemein gehalten, dass sie Mangels weiterer Substanzirung in den Rechtsschriften nicht zu berücksichtigen ist. Demnach ist der Rechnungssaldo, auf welchen die Concurseingabe sich gründet, als von dem Beklagten anerkannt zu betrachten, und es kann daher nur der Bestreitung der Echtheit der Wechsel — und zwar nur unter der Voraussetzung Bedeutung beigemessen werden, dass durch die Ausstellung der Wechsel das Schuldverhältniss nicht bloss beurkundet, sondern novirt wurde. Diessfalls ist nun zu constatiren, dass, wie hierorts bereits unterm 26. Mai 1877 (Max.-Bd. II. S. 357 u. ff.) entschieden worden, die Ausstellung von Wechseln für eine bestehende Schuld ein Erlöschen des Klagerechtes aus der ursprünglichen Forderung nur dann begründet, wenn die Novation der alten Schuld in die neue in der Absicht der Parteien gelegen war. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich ausser aus der formellen Natur und dem Zwecke der Wechsel auch schon aus den allgemeinen Bestimmungen des Art. 143 O. R., wonach die Neuerung nicht vermuthet wird. Nun liegt aber ein Nachweis dafür, dass die Absicht des Klägers und des Concursiten X. bei Ausstellung der fraglichen Wechsel auf Tilgung der alten Schuld und Begründung einer neuen Forderung gerichtet gewesen sei, nicht vor. Da demgemäss die Wechsel vorliegend lediglich eine Beweisurkunde für die eingeklagte Forderung bilden, so kommt der Bestreitung dieser Urkunde, da durch die Nichtbestreitung des materiellen Schuldverhältnisses dieses letztere anerkannt worden, eine Bedeutung nicht zu, und ist auch nicht weiter zu untersuchen, ob ein Beweis für die Echtheit der Wechsel vom Kläger erbracht worden sei.

---

14. *Prescription des frais de procès. Art. 146 et 147 C. O.*

Fribourg. Arrêt de la Cour de Cassation du 25 juin 1887 d. l. c. Barbey c. Perrin.

Barbey a obtenu en 1877 un jugement contre Perrin condamnant ce dernier à lui payer 400 fr. et les frais du jugement. En Janvier 1886 B. a actionné P. pour les frais du dit jugement s'élevant à fr. 107. P. lui opposa l'exception de la prescription tirée de l'art. 147 N° 3 C. O. La Justice de Paix de Fribourg a admis cette exception, mais la Cour de Cassation a annulé ce jugement.

Considérant:

Qu'il n'y a aucun doute que l'action intentée par Barbey à Perrin est celle prévue à l'art. 146 du code des obligations et non l'une de celles mentionnées à l'art. 147 du même code.

Qu'en effet, il ne s'agit pas ici de la note d'honoraires et débours réclamés par l'avocat à son client (147 N° 3 C. O.), mais bien de l'action en paiement des dépens d'un procès intenté par celui qui en a obtenu l'adjudication: c'est la partie gagnante qui réclame en vertu d'un jugement à la partie condamnée le paiement de ce qu'elle a dû débourser en vue du procès: c'est donc l'action de l'art. 146 et non celle de l'art. 147 N° 3 C. O.; partant, en statuant le contraire, la justice de paix a violé les dispositions sus invoquées.

---

15. *Der Eigenthumsvorbehalt des Verkäufers an verkauften beweglichen Sachen bis nach erfolgter Zahlung des Kaufpreises ist auch nach dem O. R. zulässig.*

Zürich. Beschluss der Appellationskammer vom 4. October 1887 i. S. Weil c. Peter.

Motive: 1. Ueber die rechtliche Bedeutung und die rechtlichen Wirkungen des sog. Eigenthumsvorbehaltes, d. h. einer Vereinbarung zwischen Käufer und Verkäufer, womit sich der letztere bei creditirtem Kaufpreise auch nach stattgefundener Tradition das Eigenthum am Kaufgegenstande bis zur vollständigen Bezahlung vorbehält, bestehen in der Rechtswissenschaft zwei entgegengesetzte Meinungen. Nach der einen (von Dunker, über das pactum reservati dominii, im Rhein. Mus. V, 65 ff. einlässlich begründet) supponirt man eine Vereinbarung der Contrahenten, nach welcher die Geltendmachung des vorbehaltenen Eigenthums des Verkäufers an eine Wiederauflösung des Kaufvertrages geknüpft ist, was zur Folge hätte, dass der Verkäufer, der natürlich, was er

an den Kaufpreis bereits erhalten hat, zurückgeben müsste, einfach wieder Eigenthümer der verkauften Sache würde, gleichviel ob dieselbe an Werth gewonnen oder verloren hat, wenn auch nicht mit Ausschluss des Rechtes des Käufers, für nothwendige und nützliche Verwendungen Entschädigung zu verlangen, und desjenigen des Verkäufers auf Schadenersatz wegen der durch den Käufer verschuldeten Verschlechterung. Nach der andern Meinung dagegen, welche das O. A. G. zu Oldenburg (Seufferts Archiv XXV Nr. 242 und 243) adoptirt hat, ist der fragliche Eigenthumsvorbehalt, wenn auch kein Pfandvertrag, doch wegen des einzig auf Sicherung des Kaufpreises gerichteten Zweckes in seinen Wirkungen dem Pfandvertrage gleich zu halten, d. h. lediglich ein subsidiäres Mittel, um dem Verkäufer zur Bezahlung zu verhelfen; seine Geltendmachung hat daher die Wiederauflösung des Kaufs keineswegs zur Voraussetzung, und es trifft also sowohl der Vortheil einer Wertherhöhung der verkauften Sache als der Nachtheil einer Werthverminderung den Käufer, auch kann der Verkäufer durch Geltendmachung des Eigenthumsvorbehaltes nie mehr erhalten als seine Forderung resp. deren Werth, und muss einen allfälligen Ueberschuss dem Käufer herausgeben, ebenso aber bleibt der letztere, wenn ersterer trotz Geltendmachung des Eigenthumsvorbehaltes für den Kaufpreis nicht völlig bezahlt wird, für den Mehrbetrag Schuldner seines Verkäufers.

2. Demjenigen, der die letztere Auffassung für die richtige hält, wirft sich nun allerdings die Frage auf, ob nicht Art. 210 O. R., welcher das Pfandrecht ohne Besitzesübertragung an den Pfandgläubiger als unzulässig erklärt, auch die Ungültigkeit der Eigenthumsvorbehalte nach sich ziehe. Allein gegen diese Ansicht spricht, dass in den frühern Entwürfen zum O. R. (s. Entw. vom Juli 1879 Art. 219) eine ausdrückliche Bestimmung enthalten war, welche den Eigenthumsvorbehalt für unwirksam erklärte und bezüglich welcher die Botschaft des Bundesrathes vom 27. November 1879 sich dahin aussprach, dass dies mit den Principien in Einklang stehe, welche der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte und der Mehrzahl der cantonalen Rechte der Lehre vom Pfandrecht an beweglichen Sachen zu Grunde gelegt habe; dass dann aber diese Bestimmung später wieder fallen gelassen wurde. Letzteres kann nicht wohl dadurch erklärt werden, dass man die fragliche Bestimmung als überflüssig erachtet hätte; denn es musste den schweizerischen Gesetzgebern bekannt sein, dass über die rechtliche Natur

des Eigenthumsvorbehaltes verschiedene Ansichten bestehen, von denen jedenfalls die eine, nämlich die oben näher bezeichnete Dunkers, auch mit dem Verbot der Mobiliarpfandrechte ohne Besitzesübertragung sehr wohl vereinbar ist, weil nach derselben eben der Eigenthumsvorbehalt etwas Anderes ist als ein vertragliches Pfandrecht. Aber auch die andere Ansicht führt keineswegs mit zwingender Nothwendigkeit zu jenem Schlusse; denn wenn auch nach dieser Ansicht der Eigenthumsvorbehalt dem Pfandrecht ähnlich ist und die gleichen Wirkungen nach sich zieht, so ist er doch nach seiner rechtlichen Construction etwas davon Verschiedenes. Die Streichung der fraglichen Bestimmung ohne alle und jede Motivirung muss daher dadurch erklärt werden, dass der Gesetzgeber den Eigenthumsvorbehalt für gültig betrachtet wissen wollte.

3. Für diese Ansicht spricht auch die Behandlung des Eigenthumsvorbehaltes durch das zürcherische Recht. Hier kann mit Rücksicht auf § 1454 kein Zweifel darüber obwalten, dass der Eigenthumsvorbehalt rechtsgültig ist, obschon das zürcherische Recht zur Gültigkeit des Pfandrechtes an Mobilien die Eintragung ins Pfandbuch verlangt und diese Eintragung zur Gültigkeit des Eigenthumsvorbehaltes nicht vorgeschrieben ist. Also trotz der innern Aehnlichkeit zwischen Eigenthumsvorbehalt und Pfandrecht verschiedene Vorschriften bezüglich der Requisite der Rechtsgültigkeit.

4. Endlich sind auch die Commentatoren des schweiz. O. R. Schneider (Commentar zu Art. 199 Ziff. 3 und zu Art. 264 Ziff. 4) und Hafner (Commentar zu Art. 264 Ziff. 2) übereinstimmend der Ansicht, dass unter der Herrschaft des schweiz. O. R. der sogen. Eigenthumsvorbehalt zu Recht bestehe.

5. Völlig unhaltbar ist der eventuelle Standpunkt der Rekursgegner, dass die Gültigkeit des Eigenthumsvorbehaltes an die Anzeige ans Gemeindammannamt geknüpft sei. Eine solche Anzeige ist nirgends vorgeschrieben, und selbst wenn dies früher Seitens des cantonalen Gesetzgebers geschehen wäre, so hätte eine solche Vorschrift durch das Inkrafttreten des schweiz. O. R. ihre Gültigkeit verloren, weil bezüglich dieser Materie die gesetzgeberische Competenz völlig auf den Bund übergegangen ist.

6. Für die rechtlichen Wirkungen des Eigenthumsvorbehaltes ist natürlich sehr erheblich, ob man annimmt, das schweiz. O. R. stehe bezüglich der rechtlichen Natur desselben auf dem oben erörterten Standpunkte Dunkers oder

auf demjenigen des O. A. G. von Oldenburg. Das zürcherische Recht scheint der letztern Ansicht zu sein; denn wie das in Ullmers Commentar unter Nr. 2121 abgedruckte Präjudiz zeigt, gab man dem Verkäufer nicht das Recht, dem säumigen Käufer durch den Richter eine Frist ansetzen zu lassen unter der Androhung der Auflösung des Kaufes, sondern verlangte, dass er ihn für den Kaufpreis rechtlich betreibe, und nur wenn er dadurch nicht zur Zahlung gelangen konnte, also erst nach durchgeführtem Concurse oder allenfalls bei einem Schuldner ohne Immobiliarvermögen nach erfolgloser Pfandbetreibung, durfte er, und zwar offenbar nur um sich bezahlt zu machen, auf das verkaufte Object greifen. Dieser Ansicht muss auch für das schweiz. O. R. der Vorzug gegeben werden. Ausser der grössern Natürlichkeit und der grössern Uebereinstimmung mit der im Volke in dieser Beziehung herrschenden Anschauung spricht dafür nämlich auch der Bericht der nationalräthlichen Commission über den Entwurf des schweiz. O. R. vom November 1880 S. 22; denn indem diese Commission beantragt, dem Verkäufer nach der Uebergabe des Kaufgegenstandes nur dann das Recht zu geben, wegen Zahlungsverzugs vom Vertrage zurückzutreten, wenn er sich ein solches Recht beim Abschlusse desselben ausdrücklich vorbehalten habe, fügt sie bei: „Andere Vorbehalte, z. B. denjenigen des Eigenthums, lässt unser Vorschlag unberührt;“ nun wäre aber die rechtliche Natur dieses Vorbehalts nach der Ansicht Dunkers gerade das Recht zur Kaufsauflösung wegen Zahlungsverzuges, allerdings in Verbindung mit der weitern Vereinbarung, dass so lange die Suspensivbedingung schwebt, an welche die Geltendmachung dieses Rechts geknüpft ist, das Eigenthum beim Verkäufer zurückbleibt; wenn daher hier vom Eigenthumsvorbehalte als von einem andern Vorbehalte gesprochen wird, so muss die nationalräthliche Commission die Ansicht getheilt haben, welche eine solche Vereinbarung der Kaufsauflösung als nicht im Eigenthumsvorbehalte inbegriffen betrachtet.

---

16. *Revendication d'objets mobiliers. Bonne foi du créancier-gagiste. Art. 213 C. O.*

Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 22 nov. 1887 d. l. c. Banque de prêts sur gage c. Mittag.

Jacob Graf avait donné en gage au Mont-de-Piété, pour 3 fr., un coupon d'étoffe qui lui avait été confié par le tailleur

Mittag pour le confectionner. Mittag a porté plainte devant le Tribunal de police contre J. Graf pour abus de confiance et la Banque de prêts sur gage est intervenu comme partie civile. Le Tribunal de police a repoussé les conclusions de la partie civile et a dit qu'elle doit restituer la jaquette mise en gage, fondé sur le motif que le vêtement mis en gage n'était qu'en travail, et que ce fait aurait dû attirer l'attention du Mont-de-Piété, que donc sa bonne foi n'est pas établie. Le Tribunal cantonal a écarté le recours de la Banque contre ce jugement.

Motifs: Que c'est au créancier-gagiste à établir sa bonne foi;

qu'une telle preuve n'a pas été faite en l'espèce;

qu'en effet l'employé de la Banque de prêts sur gage auquel Graf a présenté le vêtement litigieux, n'a pas été suffisamment prudent en acceptant le dit objet sans prendre des informations sur sa provenance;

que bien que Graf exerçât le métier de tailleur, il n'était pas marchand-tailleur;

que l'attention du Mont-de-Piété aurait dû être éveillée par la circonstance que le vêtement qui lui était remis en gage n'était confectionné qu'en partie;

que, dès lors, la recourante ne saurait invoquer sa bonne foi pour exiger la restitution de la somme par elle prêtée à Graf.

---

17. *Miethe. Art. 276, 277 O. R. Ist der Vermiether einer Wohnung zum Anbringen von Jalousieläden verpflichtet?*

Zürich. Urtheil des Bezirksgerichtes II. Section vom 24. October 1887 i. S. Austerholz c. Schweizer.

Der Beklagte hatte beim Kläger gegen einen jährlichen Miethzins von Fr. 700 eine Wohnung gemiethet. Wiederholt verlangte er, dass der Vermiether Jalousieläden anbringen lasse. Da der Vermiether, trotzdem er einmal durch einen Schreiner das Mass nehmen liess, diesem Begehren nicht nachkam, erwirkte der Miether die Bewilligung zur gerichtlichen Deposition der am 1. Juli fälligen Miethzinsrate von Fr. 175 und verlangte eine Herabsetzung des Miethzinses um Fr. 50. Die Klage des Vermiethers auf Zahlung der ganzen Miethzinsrate wurde jedoch gutgeheissen.

Motive: Nun ist unbestritten, dass sowohl bei Eingehung des Miethcontractes als beim Antritt der Miethe Fensterladen nicht vorhanden waren. Ob in diesem Mangel

eine erhebliche Schmälerung des Miethgebrauches liege, hängt im einzelnen Falle von den Umständen und den individuellen Ansichten und Bedürfnissen ab; ist es doch schon vorgekommen, dass vorhandene Jalousieläden aus Bequemlichkeit des Miethers nicht eingehängt worden sind. Nach landläufiger Ansicht gehören Jalousieläden nicht zum nothwendigen Gebrauche einer Wohnung, dagegen sind dieselben eine Annehmlichkeit für den Bewohner. Glaubte der Beklagte solche nicht entbehren zu können, so war er nach Art. 277 Abs. 1 O. R. gehalten, dem Vermiether eine angemessene Frist zur Abhülfe des Mangels anzusetzen unter der Androhung, dass er sonst vom Vertrage zurücktrete. Von dieser ihm zustehenden Befugniss hat der Beklagte weder beim Antritt der Miethe noch seither Gebrauch gemacht, wesshalb anzunehmen ist, er habe den fraglichen Mangel selbst nicht als so erheblich betrachtet, dass er um dessen Willen auf den ferneren Gebrauch des Streitobjectes verzichten bezw. vom Vertrage hätte zurücktreten wollen. Der Beklagte ist daher auch nicht befugt, aus diesem Grunde eine Herabsetzung des Miethzinses zu verlangen.

---

18. *Bail à loyer. Faillite du preneur, défaut de garanties. Art. 288 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 14 août 1886 d. l. c. Blum c. Cherbuliez.

Le 25 mai 1883 Blum a loué à Sevestre une arcade sise dans son immeuble pour six années consécutives dès le 1er juillet 1883 pour le prix de 400 fr., payable par trimestre d'avance. Le 29 avril 1886 S. est déclaré en état de faillite; le loyer était payé jusqu'au 30 juin 1886. Le 22 mai Blum a informé Cherbuliez, syndic de cette faillite, que faute par lui de lui avoir fourni dans un certain délai des sûretés pour les termes du bail restant à courir, il se prévaudrait des dispositions de l'art. 288 C. O. Cherbuliez n'a pas fourni les sûretés réclamées, mais a répondu qu'il acceptait le congé pour le 31 décembre prochain, et offert de payer le loyer du semestre commencé le 1er juillet. Blum a assigné ensuite Cherbuliez pour ouïr déclarer résilié le bail et pour s'ouïr condamner à évacuer immédiatement les locaux loués et à payer le loyer couru dès le 1er juillet au jour de cette évacuation, à raison de 400 fr. l'an. Le défendeur, tout en reconnaissant le droit du bailleur de résilier le bail dont s'agit, soutient qu'il

doit se conformer, pour donner congé, aux prescriptions de l'art. 290 § 1 C. O., et que, dans l'espèce, le loyer étant payable par semestre, le congé donné le 22 mai n'est valable que pour le 31 décembre prochain.

Le Tribunal a déclaré fondées les conclusions du demandeur.

Motifs: La question à résoudre est la suivante: Le bailleur à qui son preneur, mis en faillite, ne fournit pas des sûretés pour les termes arriérés et ceux à échoir, est-il tenu de donner congé et de le faire dans les délais prévus par l'art. 290 § 1 C.O.?

Vu l'art. 288 du même code;

Attendu que le législateur fédéral a posé, dans cet article, en principe le droit du bailleur de résilier le bail, mais sans indiquer comment et dans quels délais cette résiliation a lieu; que c'est le cas, dès lors, de rechercher quelle a pu être son intention à cet égard, en comparant cette disposition avec les autres dispositions relatives aux différents modes d'extinction du bail à loyer. Tout d'abord, il est à remarquer que la disposition dont s'agit suit immédiatement celle dans laquelle est indiquée la marche à suivre par le bailleur pour arriver à la résiliation du bail, long ou court, en cas de retard de paiement; or, l'art. 287 n'indique pas que le bailleur ait à donner congé dans les délais prévus par l'art. 290, mais dispose simplement qu'il doit assigner au preneur un délai plus ou moins long, suivant qu'il s'agit d'un bail de longue ou courte durée, en lui signifiant qu'à défaut de paiement, le bail sera résilié à l'expiration du délai. Ainsi, moyennant l'avertissement dont s'agit, le bail est résilié de plein droit le jour où le délai expire. Il semble qu'en faisant suivre immédiatement cette disposition par l'art. 288, relatif à la résiliation pour cause de faillite du preneur, le législateur a voulu que la déclaration de faillite du locataire fît l'office de jour fatal, sauf au juge à arbitrer dans quel délai les sûretés prévues doivent être fournies, et à laisser le preneur failli et sa masse en possession jusqu'à la fin du terme courant au jour de la faillite, lorsque ce terme a été payé d'avance.

D'autre part, toutes les fois que le législateur a voulu que la résiliation du bail fût subordonnée à l'observation des délais prévus par l'art. 290, il a pris soin de l'indiquer formellement: ainsi, dans l'art. 291 relatif au bail renouvelé par tacite reconduction; dans l'art. 292 relatif à la résiliation du bail avant son expiration normale, ensuite de circonstances rendant la continuation du bail intolérable; dans l'art. 293

qui permet aux héritiers du preneur de résilier le bail après la mort de leur auteur etc. Il semble résulter de ces diverses observations que si la loi avait voulu obliger le bailleur, dans le cas de l'art. 288, à observer les délais indiqués dans l'art. 290, il eût été facile au rédacteur du Code d'ajouter à cet article, comme il l'a fait aux articles susvisés, „à charge par le bailleur de donner congé dans les délais prescrits à l'art. 290, § 1 et 2."

D'autre part, le droit accordé au bailleur de résilier le bail, étant basé sur le fait qu'il court le risque de n'être pas payé, et établi dans son intérêt unique, il eût été contradictoire de l'obliger à l'observation de délais qui, dans certains cas, par exemple, lorsque le prix du bail est payable par semestre et que la faillite a été déclarée moins de 3 mois avant la fin d'un terme, pourraient le contraindre à conserver son locataire failli encore près de 9 mois.

En l'espèce, Cherbuliez q.q.a. n'ayant pas donné de sûretés pour le paiement des termes à échoir, mais se bornant à offrir le paiement d'un semestre, c'est à bon droit que le demandeur demande la résiliation immédiate du bail.

---

19. *Miethe. Das Retentionsrecht des Vermiethers erlischt mit Wegbringen der Fahrniss aus dem Miethlocal. Art. 294 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 16. Sept. 1887 i. S. Bangert u. Dürr c. Fabian & Cie.

Fabian & Cie. waren Miether eines Hauses von Bangert und Dürr. Sie waren Miethzins über Fr. 1200 schuldig geworden, als sie am 2. Juni 1887 ihr gesammtes, im Miethlocal befindliches Waarenlager in Kisten packten und auf den Bahnhof verbringen liessen. Die Vermiether erhielten noch rechtzeitig davon Kenntniss und erlangten einen Arrest auf die Waaren. Sie brachten darauf vor Civilgericht das Klagbegehren ein, dass sie berechtigt erklärt werden, die arrestierten Waaren in das Miethlocal zurückschaffen zu lassen und dort bis zur Bezahlung des schuldigen Miethzinses zu retinieren; eventuell, dass der Arrest als gewöhnlicher Arrest zur Sicherung ihrer Forderung bestätigt werde.[1] Für

---

[1]) Im letztern Fall müssen sich die Kläger Concurrenz andrer Creditoren in Folge Anschlusses derselben an den Arrest gefallen lassen, während im ersteren, bei Annahme eines Retentionsrechtes, sie die andern Creditoren ausschliessen.

das principale Begehren führten sie an, das O. R. gewähre dem Vermiether das Retentionsrecht so lange, als der Miether im Begriffe sei, die demselben unterworfenen Gegenstände fortzuschaffen, und gehe erst verloren, wenn sie wirklich fortgeschafft seien, was hier noch nicht der Fall gewesen sei. Die Beklagten bestritten das Bestehen eines Retentionsrechtes, weil Art. 294 O. R. ein solches nur an den Sachen gewähre, welche zur Einrichtung und Benützung der vermietheten Räume gehören; das treffe bei Waaren nicht zu; ferner sei das Retentionsrecht dem Vermiether nur so lange gewährt, als die Sachen sich noch in den Miethräumen befinden; im vorliegenden Falle seien sie aber schon auf den Bahnhof verbracht gewesen.

Das Civilgericht (unter Bestätigung durch Appellationsgerichtsurtheil vom 20. October) erklärte das Retentionsrecht der Kläger als erloschen.

Motive: Es kann zwar kein Zweifel bestehen, dass der Vermiether eines Ladens an den vom Miether eingebrachten Waaren ein Retentionsrecht ausüben kann; denn diese gehören doch sicherlich zur Einrichtung des Ladens und bilden sogar den wesentlichsten Bestandtheil desselben. Allein das Gesetz giebt dem Vermiether dieses Retentionsrecht nur so lange, als sich die betreffenden Gegenstände noch in den vermietheten Räumen befinden. So lange hat er die Befugniss und Möglichkeit jene Gegenstände mit amtlicher Hülfe zurückzuhalten und den Miether oder jeden Dritten am Fortschaffen derselben zu hindern. Ein Verfolgungsrecht aber steht ihm nicht zu. Wenn die Sachen des Miethers fortgeschafft sind und sich nicht mehr in den gemietheten Räumen befinden, so hat das Retentionsrecht seinen Boden verloren.

Ein Anspruch auf Rückbringung der fortgeschafften Sachen lässt sich nur insoweit begründen, als es sich um einen Fall verbotener Selbsthilfe handelt. Wenn der Miether, nachdem der Vermiether sein Retentionsrecht bereits in gehöriger Weise ausgeübt und dem Miether die Fortschaffung seiner Fahrniss untersagt hat, diese dennoch mit Gewalt oder heimlich fortnimmt, so würde der Vermiether gegen diese Eigenmacht nach § 35 der Civil-Process-Ordnung den Schutz des Richters anrufen und die Wiederherstellung des frühern Zustandes fordern können.

Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor, da die Fortschaffung erfolgte noch bevor die Kläger auch nur ihre Absicht, das Retentionsrecht auszuüben zu wollen, kundgegeben hatten.

Wenn endlich die Kläger sich noch darauf berufen, dass die Fortschaffung noch nicht vollendet gewesen sei, da man die fortgeschafften Waaren noch auf der Bahn habe zurückhalten können, so kann dieser Anschauung nicht beigepflichtet werden; denn fortgeschafft sind die Sachen mit der Entfernung aus den gemietheten Räumen. Mit dieser Entfernung hörten sie auf sich in den vermietheten Räumen zu befinden, und damit fällt auch die Voraussetzung des Retentionsrechtes dahin.

Der zweite Punct, die Bestätigung des Arrests, wurde zu Gunsten der Kläger entschieden, interessiert uns aber hier nicht, da für den Entscheid nur cantonales Recht massgebend war.

---

20. *Louage d'ouvrage. Responsabilité de l'entrepreneur du fait des personnes qu'il emploie. Périssement de la chose avant la réception de l'ouvrage. Art. 62, 351 al. 2; 367, 370 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 8 mars 1887 d. l. c. Berbet c. Cordier.

E. Cordier a remis à J. Berbet l'exécution de travaux de menuiserie dans la maison qu'il faisait construire. Berbet occupa à cet ouvrage son ouvrier Kihm, qui travaillait avec lenteur et ne gagnait pas ses journées; pour remédier à cet inconvénient, il désirait travailler le soir après le départ des autres ouvriers, ce que Berbet lui permit de faire provisoirement. Dans la soirée du 12 oct. 1886, Kihm n'ayant pas pu pendre à la paroi sa lampe à pétrole, la posa sur son banc de charpentier et la fit tomber sur le plancher; le pétrole enflammé se répandit sur les buchilles, et l'incendie s'étendit dans tout le bâtiment.

Berbet réclama alors la somme de fr. 251. 35 pour solde du compte relatif aux ouvrages exécutés avant l'incendie. Il fit valoir que Cordier le devait payer à la fin de chaque mois, et que, comme il ne l'a pas payé et que lui, Berbet, a manqué d'argent par la faute de Cordier, il a du continuer à occuper son ouvrier Kihm, qu'il ne pouvait payer; que l'incendie n'est pas le résultat d'une négligence, mais d'un accident, et que lui, Berbet, n'est pas responsable du fait qu'il a été empêché de terminer ses travaux; qu'il a donc le droit d'être payé de ce qui a été exécuté parce que le cas fortuit s'est produit chez le maître, lequel a d'ailleurs négligé de faire assurer son immeuble contre l'incendie. Cordier

conclut à libération et reconventionnellement à condamner Berbet à lui payer à titre de dommages-intérêts la somme de fr. 1000.

Le tribunal déclara mal fondée la demande de Berbet et la demande reconventionnelle de Cordier.

Motifs: Considérant qu'en plaçant sur son banc la lampe qui était une lampe à suspension, sans prendre les précautions nécessaires pour prévenir sa chute et la possibilité d'un incendie, Kihm a agi avec imprudence et a commis une faute.

Que le demandeur, qui l'a chargé de travailler dans ce bâtiment et l'a autorisé à y travailler seul le soir et lui a remis pour cela la clef de la porte d'entrée, est responsable à teneur des articles 351 et 62 du code fédéral des obligations de toute faute commise par son ouvrier et du dommage qu'il a causé dans l'accomplissement de son travail.

Qu'en raison de cette responsabilité, le demandeur ne peut réclamer le prix de son travail ni le remboursement de ses dépenses pour cet ouvrage dont la livraison n'a pu se faire par suite de sa faute ou de celle de son ouvrier, et dans un moment où le défendeur n'était pas en demeure de prendre livraison de cet ouvrage.

Qu'ainsi, aux termes de l'article 367 du code fédéral des obligations, la demande de J. Berbet ne peut pas être accueillie.

En ce qui concerne la demande reconventionnelle:

Considérant que, dans les circonstances de la cause et en raison du fait qu'il eût été préférable que le défendeur, soit sa femme, ne prêtât pas la lampe à pétrole, et qu'il fît enlever plus diligemment les copeaux de la maison et activer les travaux pour qu'il pût obtenir l'assurance de son bâtiment, il n'y a pas lieu à accorder spécialement des dommages-intérêts au défendeur, mais il convient néanmoins qu'il n'ait à supporter aucune part des frais occasionnés par ce procès dont la cause est imputable aux actes du demandeur, contre lequel il n'aurait formé aucune demande en dommages-intérêts s'il n'y eût été provoqué par la demande principale elle-même.

---

21. *Prétendu cautionnement donné par lettre. Interprétation de celle-ci. Art. 12 et 491 C. O.*

Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 28 juin 1887 dans la cause Francillon et fils c. Cerez.

La maison Francillon et fils, à Lausanne, était créancière de F. Cerez fils, serrurier, pour une somme de 1800 fr. Le 21 juin 1886, elle menaça leur débiteur de le faire poursuivre

s'il ne fournissait un cautionnement pour le lendemain, à midi. Le 23 juin le père du débiteur écrivit à Fr. et fils une lettre, dans laquelle il les pria „de bien vouloir attendre à lundi ma„tin que je serai de retour pour régler les garanties relatives „à la dette de mon fils. J'espère que d'ici là, la personne que „je charge de mettre ordre à cela pourra me faciliter pour les „mesures à prendre pour le règlement de votre compte; en „tout cas n'ayez aucune crainte, cette affaire sera réglée."

Dans la suite, Cerez fils a pris la fuite et ses biens ont été mis en discussion. Francillon et fils sont intervenus dans celle-ci pour la somme de 1639 fr. 05, montant de ce qui leur restait dû, mais la liquidation n'a donné en leur faveur qu'une répartition de 330 fr. 40.

Pour le solde impayé, Francillon et fils ont ouvert action à Cerez père, estimant que sa lettre du 23 juin 1886 constituait un cautionnement.

Cerez père a conclu à libération, en contestant que cet écrit renfermât un engagement de sa part.

Le Tribunal du District de Lausanne a admis les conclusions des demandeurs, mais ce jugement a été réformé par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant qu'en matière de cautionnement, la loi actuelle exige la forme écrite (C. O. 491).

Qu'à défaut d'un contrat spécial énonçant strictement et expressément l'obligation de cautionner, c'est-à-dire l'engagement de satisfaire à l'obligation principale si le débiteur n'y satisfait pas lui-même, le cautionnement peut résulter cependant d'une lettre signée de celui qui s'oblige en qualité de caution (C. O. 12), alors même que sa lettre serait demeurée sans réponse.

Que la lettre du 23 juin, adressée par Cerez père à Francillon et fils, pourrait ainsi, en sa forme, constituer un cautionnement si, des expressions qui y sont renfermées, l'on peut déduire l'intention clairement exprimée de Cerez père de payer la dette de son fils, à défaut par celui-ci d'en acquitter le montant.

Que tel n'est pas le cas en l'espèce, Cerez père n'ayant pas pris un engagement définitif et précis.

Qu'en effet l'on constate, par le texte même de cet écrit, que Cerez père demandait à Francillon et fils un appointement pour un jour ultérieur en vue de régler les garanties relatives à la dette de son fils, ainsi qu'un délai aux fins de mettre ordre à cette affaire et de lui faciliter les mesures à prendre dans ce but.

Qu'en ajoutant ces mots: „Soyez sans crainte, cette affaire sera réglée“, Cerez père ne s'engage pas personnellement et parait plutôt en ce moment avoir exprimé sa conviction que l'état général des affaires de son fils, tel que celui-ci le lui avait exposé dans des correspondances antérieures qui figurent au dossier, permettrait au débiteur de s'acquitter envers Francillon et fils.

---

22. *Bürgschaft. Berechnung der Zinstermine, für welche der Bürge haftet. Art. 499 Abs. 3 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 13. Mai 1887 i. S. schweiz. Volksbank c. Hoffmann.

Th. Hoffmann hatte sich am 25. Juni 1883 bei der schweizerischen Volksbank für einen Contocorrentcredit des L. v. Grolmann von Fr. 12,000 nebst Zinsen und allfälligen Folgen verbürgt. Da Grolmann in der Zinszahlung säumig wurde und bis 28. Febr. 1885 nur Fr. 879. 60 daran zahlte, so kündete Hoffmann am 1. Aug. 1885 die Bürgschaft auf 30. Sept. 1886. Die Volksbank betrieb dann den Hauptschuldner, der in Concurs gerieth, und sie klagte nun gegen den Bürgen auf Grund des per 11. Jan. 1887 abgeschlossenen Contocorrentauszuges auf Zahlung von Fr. 13,890. 90, abzüglich dessen Zahlungen: Capital Fr. 12,000, Zins à $4^{3}/_{4}$% vom 1. Juli 1885 bis 30. Juni 1886 Fr. 570, Zins à $4^{1}/_{2}$% vom 30. Juni 1886 bis 8. Jan. 1887 Fr. 284. 05, und Betreibungskosten etc. Fr. 182. 45, zusammen Fr. 13,036. 50, so dass noch ein Rest von Fr. 854. 40 blieb. Sie machte geltend, dass die Zahlungen Grolmanns (Fr. 879. 60) die Zinsen und Provisionen bis zum 30. Sept. 1884 fast vollständig decken, so dass also am 5. Dec. 1885, dem Tage, an welchem G. im Einverständniss mit dem Bürgen H. zur Betreibung übergeben worden, bloss etwas mehr als ein Jahreszins und 2 Monatszinse rückständig gewesen seien, für welche H. gemäss Art. 499 Abs. 3 O. R. hafte. H. wandte ein, nach Art. 499 cit. hafte der Bürge für vertragsmässige Zinsen nur bis zum Betrage des laufenden und eines verfallenen Jahreszinses. Entscheidend sei nicht der Zeitpunkt, in welchem der Hauptschuldner in Verzug gerathe, sondern der, in welchem der Bürge in Anspruch genommen werde, somit in casu der 31. Dec. 1886. Der laufende Zins sei also, da das Schuldverhältniss an einem 1. Juli begonnen habe, der vom 1. Juli bis 31. Dec. 1886 und der verfallene

Jahreszins, für den er sonst noch hafte, der vom 1. Juli 1885 bis 30. Juni 1886. Diese Zinsen habe er an Klägerin bezahlt, für frühere hafte er nicht.

Das Civilgericht Basel verurtheilte den Beklagten gemäss Klagantrag zu Bezahlung der seit 30. Sept. 1884 rückständigen Zinse.

Motive: Art. 499 Abs. 3 O. R. bestimmt, dass der Bürge, wenn nicht anderes vereinbart ist, für vertragsmässige Zinsen nur bis zum Betrage des laufenden und eines verfallenen Jahreszinses hafte. Welcher Zeitpunkt für diese Haftung entscheidend ist, kann nicht zweifelhaft sein. Gemäss Art. 119 hat der Schuldner, sobald er sich mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug befindet, Verzugszins zu 5% für das Jahr zu bezahlen, selbst wenn die vertragsmässigen Zinsen weniger betragen; betragen letztere mehr, so können diese auch während des Verzuges gefordert werden (Art. 119. 2). Durch die cit. Bestimmung des Art. 119 Al. 2 verlieren die Zinsen ihren Charakter als Verzugszinse nicht. Mit dem Momente, wo der Schuldner in Verzug geräth, treten demnach an Stelle der vertragsmässigen Zinsen die Verzugszinsen. Für diese letztern haftet der Bürge gemäss Art. 499 Alinea 1 und für die erstern nach Art. 499 Alinea 3. Entscheidend für die Frage, von wann an der laufende und der verfallene vertragsmässige Jahreszins zu berechnen sei, ist demnach lediglich der Zeitpunkt, in welchem der Hauptschuldner in Verzug gerathen ist, in unserm Falle also der 5. December 1885; von diesem Tag an laufen gegen den Hauptschuldner Grolmann und demnach auch gegen den beklagten Solidarbürgen die Verzugszinsen, und von diesem Tag an rückwärts hat Beklagter für einen laufenden und einen verfallenen vertragsmässigen Jahreszins aufzukommen. Die Auslegung, welche Beklagter dem Art. 499 Alinea 3 geben will, wonach für die Beurtheilung dieser Frage der Moment, in welchem der Bürge in Anspruch genommen wird, massgebend sei, ist schon aus dem Grunde unhaltbar, da der Zeitpunkt, an welchem bezüglich derselben Schuld die vertragsmässigen Zinsen zu laufen aufhören und die Verzugszinsen zu laufen beginnen, nicht ein verschiedener sein kann, je nach dem ein Anspruch dem Hauptschuldner oder dem Bürgen gegenüber geltend gemacht wird; dies um so mehr, als es sich im vorliegenden Fall um ein Solidarschuldverhältniss handelt.

Dass Klägerin, den 5. December 1885 als entscheidendes Datum angenommen, mit ihrer Forderung innert den durch

Art. 499 Al. 3 aufgestellten Schranken geblieben sei, hat Beklagter nicht bestritten.

---

23. *Cautionnement. Sommation du créancier à commencer les poursuites. Art. 502 et 503 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 4 janvier 1887 d. l. c. Klöti c. Mäder.

J. Klöti et N. Scheidegger s'étaient portés cautions solidaires de Hess au profit de F. Mäder pour la somme de Fr. 1000. L'échéance de la dette n'était pas déterminée et le cautionnement avait été donné sans réserve et pour un temps indéterminé aussi. Le 9 août 1886, Mäder a invité J. Klöti à exécuter son obligation et à lui payer fr. 1090 en capital et intérêts échus, en adressant une invitation identique au débiteur principal et à l'autre caution. La lettre d'invitation portait que si le paiement n'était pas effectué dans le délai de huit jours, les poursuites commenceraient sans retard. Le 15 août Klöti a demandé au créancier un délai; Mäder l'a refusé et a fait commencer les poursuites. Sur le commandement de payer qui lui a été signifié le 11 oct. 1886, Klöti a fait opposition en prétendant que, le créancier n'ayant pas commencé les poursuites dans les quatre semaines, la caution était libérée.

Le tribunal a déclaré mal fondée cette conclusion de l'opposition.

Motifs: Considérant que le cautionnement ayant été donné pour un temps indéterminé, l'article 503 C. O. lui est applicable et il pouvait adresser au créancier la sommation prévue à cet article et exiger que le créancier commençât les poursuites et les continuât sans interruption.

Que n'ayant adressé aucune sommation de ce genre, il ne peut être mis au bénéfice de l'art. 503 et déclaré libéré de son cautionnement.

Que l'avis donné aux trois débiteurs le 9 août d'acquitter la dette dans le délai de huit jours sous peine de voir commencer les poursuites immédiatement n'a pas pu avoir pour effet, comme le prétend l'opposant, de déterminer l'échéance de la dette.

Que cet avis a été un acte de pure précaution accompli par le créancier et n'a point été provoqué en application de l'art. 503 par l'opposant qui s'est, au contraire, borné à de-

mander terme pour le remboursement au nom du débiteur principal.

Qu'à ce point de vue aussi, l'opposant ne peut invoquer en sa faveur l'art. 503.

---

24. **Bürgschaft.** *Verminderung der vom Hauptschuldner gegebenen Sicherheit zum Nachtheil des Bürgen liegt nicht in der Zahlung einer sonst entstandenen Schuld des Gläubigers gegenüber dem Schuldner. Art. 508 O. R.*

Zürich. Entscheid des Cassationsgerichtes vom 13. Juni 1887 i. S. Baltenschweiler c. Spendgut Kloten.

Motive: Art. 508 O. R. bestimmt, der Gläubiger sei dem Bürgen dafür verantwortlich, dass er nicht zu dessen Nachtheile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Angenommen nun aber, es gebe Fälle, in denen der Bürge sich einer analogen Anwendung dieser Gesetzesbestimmung gegenüber dem Gläubiger behelfen könne, wenn der Gläubiger Schuldner des Hauptschuldners wird und vom Rechte der Compensation nicht Gebrauch macht, so ist ein solcher Fall nicht vorhanden, wenn der Gläubiger, nachdem die Bürgschaft geleistet worden ist, mit dem Hauptschuldner einen mit der verbürgten Forderung nicht zusammenhängenden, auf Leistung und Gegenleistung gerichteten Vertrag eingeht, und die vertraglichen Leistungen des Schuldners bezahlt. Der Bürge hatte ja nicht das Recht, vom Gläubiger zu begehren, dass er mit dem Hauptschuldner einen nicht auf die verbürgte Forderung sich beziehenden Vertrag schliesse, und hätte der Gläubiger diesen Vertrag nicht geschlossen, so wäre er nicht Schuldner seines Schuldners geworden und wäre von Compensation nicht die Rede. Allerdings kann der Bürge, nachdem die Bürgschaft geleistet ist, den Gläubiger auch nicht anhalten, sich vom Schuldner anderweitige Sicherheit bestellen zu lassen, und wenn der Gläubiger nachträglich sich Sicherheit bestellen lässt, und wieder darauf verzichtet, so ist die Stellung des Bürgen dieselbe wie vorher. Allein der Gläubiger kann, wenn er auf eine ihm nachträglich bestellte Sicherheit verzichtet, die Einwendung, der Bürge sei nicht schlechter gestellt als bei Eingehung der Bürgschaft, deshalb nicht vorbringen, weil das Gesetz aus Billigkeitsrücksichten vorschreibt, dass die nachträglich für die verbürgte Forderung bestellte Sicherheit auch dem Bürgen zu Gute kommen soll, während das Gesetz den Gläu-

biger nicht verpflichtet, eine aus anderweitigem Verkehr mit dem Hauptschuldner sich bietende Gelegenheit, Deckung für die verbürgte Forderung zu erlangen, zum Vortheile des Bürgen zu benutzen.

---

25. *Gerichtsstand der Theilhaber einer aufgelösten Collectivgesellschaft für Schulden der letzteren. Art. 59 B. V. und Art. 580 ff. O. R.*

Baselland. Urtheil des Obergerichts vom 26. Aug. 1887 i. S. Hügin c. Stumm u. Thoma.

Beklagte, St. und Th., waren in ihrer Eigenschaft als Pächter der Brauerei Oberwil von Hügin für eine Forderung vor Bezirksgericht Arlesheim belangt worden und bestritten die Competenz der basellandschaftlichen Gerichte, weil sie gemäss Art. 59 B. V. an ihrem Wohnorte Baselstadt für diesen persönlichen Anspruch zu suchen seien; die von ihnen unter der Firma „Brauerei Oberwil“ im Jahr 1883 gegründete Collectivgesellschaft nämlich habe sich am 11. März 1887 aufgelöst und die Liquidation sei an diesem Tage beendigt gewesen, die friedensrichterliche Vorladung sei ihnen auch erst am 20. März in Basel angelegt worden, da doch die Publication der Auflösung der Gesellschaft schon im Amtsblatt vom 17. März erfolgt sei. Dem gegenüber erwies sich als feststehend, dass H. seine Klage schon am 16. März beim Friedensrichter anhängig gemacht hatte und die Heimatscheine der Beklagten noch nach diesem Tage in Oberwil deponiert gewesen waren.

Das Bezirksgericht Arlesheim erklärte sich als zuständig und das Obergericht bestätigte dieses Urtheil.

In den Motiven wird zuerst unter Berufung auf b.-g. Entsch. I S. 173 ausgeführt, dass Beklagte in Oberwil ein Specialdomicil gehabt haben, vermöge dessen die Firma für Geschäfte, welche sich auf den Betrieb der Brauerei beziehen, daselbst belangt werden konnte, und dass sie ihre Niederlassungsbewilligung am 10. Mai, dem Tag nach Eingabe der Klage vor Bezirksgericht, noch nicht zurückgezogen hatten, somit die Zuständigkeit der basellandschaftlichen Gerichte ausser Zweifel gestellt sei. „Denn die ausser dem Canton wohnenden Firmainhaber haben das Domicil der Gesellschaft auch dann noch anzuerkennen, wenn letztere sich zwar aufgelöst, aber nicht eine vollständige Liquidation her-

beigeführt hat (Bundesblatt 1873 I pag. 418, Blumer, Bundesstaatsrecht I, pag. 431)."

„Für die Competenz der hierseitigen Gerichte sprechen übrigens auch die einschlägigen Bestimmungen des O. R.: Bei Auflösung der Gesellschaft haben deren Vertreter die Liquidation zu besorgen (Art. 580); sie haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen (Art. 582); zur Deckung von Schulden der Gesellschaft, welche erst später fällig werden, sind die erforderlichen Gelder zurückzubehalten (Art. 583); an den Verbindlichkeiten gegenüber Dritten wird durch die Auflösung der Gesellschaft nichts geändert (Art. 551).

Daraus geht doch wohl hervor, dass die Klage gegenüber der Gesellschaft aus Ansprüchen, welche diese letztere betreffen, auch nach deren Auflösung noch am Sitze der Gesellschaft angebracht werden können."

---

26. *Durch die Eintragung in das Handelsregister erwirbt eine Actiengesellschaft die juristische Persönlichkeit auch dann, wenn die Normativvorschriften der Art. 618 u. 619 O. R. nicht beobachtet worden sind.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 25. October 1887 i. S. Allgemeine Creditbank Basel c. Hüni u. Cons.

Motive: Es ist sehr fraglich, ob der Rechtssatz, dass jede Actiengesellschaft, bei deren Gründung irgend eine der gesetzlichen Vorschriften nicht beobachtet worden ist, an absoluter Nichtigkeit leide, auch nur für das französische Recht Geltung hat; denn nach Art. 42 des Gesetzes vom 22. Juli 1867 scheint die Nichtigkeit solcher Actiengesellschaften erst in Folge eines dieselbe aussprechenden gerichtlichen Urtheiles einzutreten. Völlig ausser Zweifel steht, dass das deutsche H. G. B. jenen Rechtssatz nicht kennt. Dasselbe spricht sich zwar nirgends positiv dahin aus, dass eine Actiengesellschaft durch die Eintragung ins Handelsregister die juristische Persönlichkeit auch dann erlange, wenn die Eintragung geschehen sei, ohne dass vorher allen für die Actiengesellschaften vorgeschriebenen sogenannten Normativvorschriften Genüge geleistet worden. Allein sowohl Rechtswissenschaft als Gerichtspraxis haben diese Rechtsanschauung wiederholt gebilligt, und es besteht gegenwärtig unter den deutschen Rechtslehrern keine gegentheilige Ansicht mehr. Vgl. Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechsel-Rechtes I

§ 115, Entsch. des Oberhandelsgerichts vom 3. October 1871 Bd. III S. 303; vom 19. October 1872 Bd. VII S. 241, vom 10. April 1875 Bd. XVI S. 358, und Kräwel, Führung der Handelsregister, in der Zeitschrift für Handelsrecht XXII S. 147 f. und den Fall in Bd. XX S. 607 derselben Zeitschrift.

Die Vorschriften des schweiz. O. R. über die Normativvorschriften und die Eintragung der Actiengesellschaften ins Handelsregister entsprechen im Wesentlichen dem deutschen Rechte, und es wäre daher eine seltsame Anomalie, wenn bezüglich der Frage der Nullität wegen Nichtbeachtung der erstern nicht der Grundsatz des deutschen, sondern derjenige des französischen Rechtes Geltung haben sollte, welches bezüglich der formellen Erfordernisse für die Entstehung der Actiengesellschaft ganz andere Rechtsregeln aufstellt und namentlich die Eintragung ins Handelsregister nicht vorschreibt. Ausserdem aber enthält das schweiz. O. R. zwei Vorschriften, welche es ganz ausser Zweifel setzen, dass die Actiengesellschaft mit dem Momente der Eintragung ins Handelsregister unter allen Umständen juristische Persönlichkeit erwirbt, selbst wenn irgend eine Normativvorschrift nicht beobachtet worden ist. Es sind dies die Art. 623 Abs. 1 und 671 Ziffer 2 u. 3. Die erstere Bestimmung, lautend: „Wenn vor erfolgter Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden ist, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch," enthält eine stricte gesetzliche Vorschrift darüber, wie es mit Rechtsgeschäften zu halten sei, welche nichtige, d. h. solche Actiengesellschaften, die nicht ins Handelsregister eingetragen sind, mit Dritten abgeschlossen haben, und es liegt auf der Hand, dass wenn eingetragene Actiengesellschaften, bei deren Gründung aber eine der Normativvorschriften nicht beobachtet worden ist, ebenfalls nichtig wären, diese Vorschrift für die von solchen Actiengesellschaften abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ebenfalls Geltung haben müsste. Wenn daher der Gesetzgeber hier nur von den Rechtsgeschäften der nicht ins Handelsregister eingetragenen Actiengesellschaften und nicht auch von denjenigen solcher Actiengesellschaften spricht, welche zwar eingetragen sind, bei deren Gründung aber eine der Normativvorschriften ausser Acht gelassen wurde, so lässt sich dies einzig dadurch erklären, dass eben im letztern Falle die Actiengesellschaften selbst haften, d. h. dass dieselben zu Recht bestehen. Der Gesetzgeber hat übrigens keineswegs vergessen, zum Schutze derjenigen Personen, welche mit solchen Actiengesellschaften Rechtsgeschäfte ab-

schliessen und dadurch geschädigt werden, dass bei deren Gründung Normativvorschriften verletzt worden sind, eine gesetzliche Bestimmung zu treffen. Diese Bestimmung ist in dem Art. 671 cit. enthalten, wo denselben Schadenersatzansprüche gegen diejenigen zugesichert werden, welche die Nichtbeachtung der Normativvorschriften wissentlich verschuldet haben, woraus wiederum hervorgeht, dass von einer Nichtigkeit solcher Actiengesellschaften unter der Herrschaft des schweiz. Obligationenrechtes nicht die Rede sein kann.

---

27. Wechselregress Mangels Zahlung. Voraussetzung ist Präsentation des Wechsels beim Schuldner persönlich selbst im Falle von dessen Concurs. Art. 815 Abs. 3 O. R.

Zürich. Beschluss der Appellationskammer vom 1. October 1887 i. S. Blösch u. Cie.

Thatsächliches. D. stellte am 26. November 1886 an die Ordre des W. einen Eigenwechsel von Fr. 1000 aus, zahlbar am 5. März 1887. Am 11. December 1886 indossirte W. denselben an B. u. Comp. Bald darauf starb W. und am 2. März 1887 wurde über dessen Nachlass der Concurs eröffnet. Am Verfalltage wurde der Wechsel von dem damals in Concurs befindlichen D. nicht eingelöst und ging deshalb von dem letzten Inhaber K. mit Fr. 16. 50 Kosten belastet an B. u. Comp. zurück. Diese meldeten hierauf die Regresssumme in den Concurs über den Nachlass des Indossanten W. an, die Ansprache wurde aber bestritten und gerichtlich nicht geschützt, weil nicht in formell gültiger Weise Protest erhoben worden sei und demnach das Erforderniss fehle, welches nach Vorschrift des O. R. für Wahrung des Wechselregresses auf Vormänner zu beobachten sei.

Die Motive sagen hierüber:

Während in Art. 815 Abs. 3 O. R. bestimmt ist, der Wechselprotest müsse enthalten:

„Die an die Person, gegen welche protestirt wird, ge„stellte Aufforderung, ihre Antwort oder die Bemerkung, dass „sie keine gegeben habe, oder nicht anzutreffen gewesen sei," findet sich in der vorliegenden Protesturkunde lediglich bemerkt, „der Notar habe den Wechsel dem Aussteller D. „zur Zahlung vorweisen sollen, es sei ihm nun aber von „Amteswegen bekannt, dass über D. der Concurs ausgebrochen „sei, somit Zahlung nicht in Aussicht stehe," und es darf aus dieser Bemerkung unbedenklich gefolgert werden, der

Notar, welcher von K. als Inhaber des Wechsels aufgefordert worden war, diesen dem Aussteller D. zur Zahlung vorzuweisen, und falls diese nicht erfolge, den Thatbestand in gehöriger Weise festzustellen, habe versäumt, sich zum Aussteller D. zu verfügen und ihm durch Vorweisung des Wechsels Gelegenheit zu dessen Einlösung zu geben, und habe sich begnügt, gestützt auf die Kenntniss, welche er in seiner Stellung als Concursbeamter vom Ausbruch des Concurses über D. erhalten hatte, die Protesturkunde in der oben bezeichneten Weise auszustellen. Wie nun aber die neuere deutsche Rechtsprechung die Rechtsansicht aufgestellt hat, es genüge, falls bei Verfall eines Wechsels der Wechselschuldner sich im Concurs befindet, nicht, dass der Wechsel dem Concursverwalter zur Zahlung vorgewiesen werde, vielmehr bleibe die Vorschrift geltend, dass die Vorweisung an den Wechselschuldner selbst zu erfolgen habe (Entsch. des R. O. H. G. XXIV, 22 u. Entsch. d. R. G. in Civilsachen II, 23), so müssen wohl auch die Bestimmungen der Art. 762, 815 und 818 O. R. richtig dahin verstanden werden, dass es nicht in den Befugnissen eines Notars liegt, sobald er auf Grund amtlicher Beobachtungen Gewissheit darüber zu haben glaubt, dass ein dem Schuldner zur Zahlung vorzuweisender Wechsel wegen Insolvenz des erstern werde unbezahlt bleiben, ohne persönliche Rücksprache mit diesem eine Protesturkunde mit einer diesfälligen Bemerkung auszustellen, sondern dass die Wechsel bei Verfall stets dem Schuldner selbst vorgewiesen werden müssen, gesetzt auch dieser sei im Concurs (vergl. Commentar von Schneider zum O. R. Art. 762 Anm. 8), und nur eine auf eine solche Vorweisung hin erhobene Protesturkunde kann als ein gültiger Wechselprotest betrachtet werden. Diese strengere Rechtsanschauung entbehrt auch keineswegs einer innern Rechtfertigung; es ist ja z. B. nicht ungedenkbar, dass, wenn dem im Concurs befindlichen Wechselschuldner viel daran liegt, dass ein fälliger Wechsel auf ihn nicht unbezahlt bleibe und dass derselbe nicht mit Kosten auf die Vormänner zurückgehe, er sich von Drittpersonen, ohne also auf das seiner Verfügung entzogene eigene Vermögen zu greifen, die zur Honorirung des Wechsels nöthigen Mittel geben lässt.

---

28. *Billet à ordre acquitté par l'endosseur. Recours de ce dernier contre le souscripteur. Prétendue novation et prescription. Art. 829 et 883 C. O.*

Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 12 mai 1887 dans la cause Chappuis c. Blanc.

En 1878 Ch. Chappuis, à Puidoux, a souscrit à l'ordre de la Banque cantonale vaudoise trois billets à ordre du capital respectif de 2500, 2000 et 3500 francs. Ces billets étaient endossés par J.-L. Blanc qui, à l'échéance, a payé en totalité les deux premiers et la moitié du troisième.

Le 21 octobre 1886, H. Blanc, héritier de l'endosseur J.-L. Blanc, a pratiqué une saisie au préjudice de Chappuis pour parvenir au remboursement des valeurs payées par son père, et cela en vertu de quittances-subrogation délivrées par la Banque cantonale.

Chappuis a opposé à cette poursuite, en se fondant en première ligne sur ce que les billets fondant la saisie seraient éteints par prescription.

Le Tribunal du District de Lavaux a repoussé ce moyen, par le motif que la quittance-subrogation délivrée à Blanc aurait transformé les billets en une créance ordinaire régie par les dispositions du droit civil et par conséquent soumise à la prescription de dix ans.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et annulé la saisie.

Motifs: Considérant que la quittance avec subrogation délivrée par la Banque ne saurait constituer une novation de la créance.

Que l'intimé Chappuis, par le fait qu'il a payé les billets à ordre litigieux, est devenu un porteur des dits billets.

Qu'en effet, le fait que l'endosseur du billet a désintéressé le créancier ne saurait empirer la situation du débiteur soit souscripteur.

Que, dès lors, il y a lieu de faire application, en l'espèce, des dispositions sur la prescription contenues soit dans la loi vaudoise de 1829 sur les lettres de change et les billets à ordre, soit dans le Code fédéral des obligations.

Attendu qu'aux termes de l'art. 92 de la loi vaudoise de 1829, toutes actions relatives aux lettres de change et billets à ordre entre le porteur et l'accepteur se prescrivent par cinq ans à compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a pas été reconnue par acte séparé.

Qu'aux termes de l'art. 829 du C. O., les actions contre le souscripteur d'un billet de change se prescrivent par trois ans.

Que lorsque le Code des obligations a introduit un délai de prescription inférieur à cinq ans, le délai ne commence à courir que dès le 1[er] janvier 1883 (C. O. 883).

Que si les billets à ordre litigieux n'étaient pas prescrits le 1[er] janvier 1883, la prescription en a été incontestablement acquise en faveur du recourant le 1[er] janvier 1886.

Considérant, au surplus, qu'il n'a pas été établi par Blanc que la prescription invoquée ait été interrompue.

Que, notamment, celui-ci n'a pas fait la preuve que Chappuis lui ait payé des acomptes.

Que bien qu'il soit établi au procès que Chappuis a travaillé pendant un certain temps pour l'intimé ou pour son auteur, et qu'il lui ait fourni une vache, il n'a pas été prouvé que les parties aient entendu que le montant du salaire du recourant ou la valeur de la vache dussent être considérés comme un acompte payé sur le montant des billets litigieux.

Que, dès lors, les billets qui ont fondé la saisie du 21 octobre 1886 sont prescrits.

---

29. *Handlungsfähigkeit der Ausländer. Einfluss von Eheverträgen solcher. Art. 10 des B.-G. über die persönliche Handlungsfähigkeit v. 22. Juni 1881.*[1])

Thurgau. Urtheil des Obergerichts v. 23. Aug. 1887 i. S. Bottling c. Ehrat.

Franz Sales Ehrat von Constanz kaufte in Kurzrickenbach (Thurgau) ein Quantum Aepfel und bezahlte sie. Vor der Abführung derselben nach Constanz erwirkte Frau L. Bottling einen Arrest auf sie für eine Forderung, die ihr an Franz Ehrat zustand. Die Ehefrau des Ehrat verlangte Aufhebung des Arrests, weil die Aepfel ihr gehören, indem laut Ehevertrag vom 27. Decbr. 1886 der Ehemann den Handel mit Victualien auf ihre Rechnung und mit ihren Mitteln betreibe. Die erste Instanz hielt den Arrest aufrecht, weil der Ehemann sich beim Kaufe nicht als Vertreter seiner Ehefrau zu erkennen gegeben habe und seine güterrechtlichen Beziehungen zu seiner Ehefrau im Canton Thurgau nicht bekannt seien. Habe auch Frau Ehrat das Geschäft geneh-

[1]) Vgl. oben Nr. 2.

migt, so folge daraus noch nicht der Eigenthumsübergang auf sie, indem die Rechtshandlungen des Ehrat, an sich zur Eigenthumsübertragung ungeeignet, in ihren Wirkungen für dritte Personen durch solche Genehmigung nicht geändert worden seien. Das Obergericht bestätigte dieses Urtheil.

Motive: Auch angenommen, der zwischen den Eheleuten Ehrat abgeschlossene Ehevertrag sei nach badischem Recht rechtsbeständig und gültig, so ist doch dadurch keineswegs die Handlungsfähigkeit des Ehemannes aufgehoben worden, besonders wenn er weder für Rechnung seiner Ehefrau noch des Geschäfts derselben contrahirt hat, und in einem Lande, wo die Präsumption gilt, dass ein volljähriger Mann, wenn er einen Vertrag abschliesst, auf eigene Rechnung handle. Art. 10 des Bundesgesetzes über die Handlungsfähigkeit sagt nur, die „persönliche Handlungsfähigkeit“ der Ausländer (seien sie in- oder ausserhalb der Schweiz wohnhaft) richte sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören; er garantirt keineswegs das eheliche Güterrecht der Ausländer. Gegentheils sagt der Schlusssatz des Art. 10 leg. cit., dass selbst ein nach dem Gesetz seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer, wenn er in der Schweiz Verbindlichkeiten eingehe, verpflichtet (und berechtigt) werde, insofern er nach schweizerischem Rechte handlungsfähig wäre. Also selbst wenn Ehrat nach badischem Recht nicht mehr handlungsfähig wäre (was kaum der Fall ist), so hätte er sich durch den Aepfelkauf persönlich verpflichtet; er hat nun die Aepfel bezahlt, ist somit Eigenthümer derselben geworden für eigene Rechnung und nicht als Stellvertreter seiner Frau, da sich über eine Stellvertretung gar keine Andeutung findet. Nun kann nicht die Frau, die nicht Eigenthümerin ist, als Vindicantin auftreten, und es wird desshalb die Klage abgewiesen.

---

30. *Application du droit cantonal des époux dans la question de séparation de biens d'époux. Loi fédérale sur la capacité civile du 22 juin 1881, Art. 7 et 10.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 4 octobre 1887 d. l. c. Crédit d'Aigle et cons. c. dame Zwahlen.

Marie Zwahlen, née Gander, a demandé que ses biens sont séparés d'avec ceux de son mari et qu'elle reprend l'administration de ceux qui lui appartiennent. A l'appui de sa demande, elle expose que son mari a remis son bilan en in-

diquant un déficit présumé de fr. 83,500, et elle invoque en droit les art. 1071 et 1104 C. c. Vaudois. Le mari Zwahlen a donné son consentement à la séparation de biens. Le Crédit d'Aigle et divers autres créanciers de Z. se sont opposés à cette demande, en alléguant que les époux Z. sont originaires de Gessenay, canton de Berne, que le Code civil de l'ancienne partie de ce canton n'autorise pas, pendant la faillite du mari, la séparation des biens de la femme, et que la faillite Z. n'est pas clôturée. Le Président du Tribunal d'Aigle a prononcé la séparation de biens des époux Z. Le Crédit d'Aigle et consorts ont recouru contre ce jugement dont ils demandent la réforme par les motifs suivants: La séparation de biens touche à la capacité civile de la femme mariée, puisqu'elle rend à cette dernière la capacité d'acquérir des immeubles, de faire passer des créances en sa faveur, d'ester en justice etc. C'est à tort que le Président n'a pas appliqué l'art. 7 de la loi féd. de 1881, qui statue que la capacité civile des femmes mariées est régie par le droit cantonal, c'est-à-dire par la loi du canton d'origine, qui dans l'espèce est le Code civil de l'ancien canton de Berne. Or, la loi bernoise défend la séparation de biens pendant la faillite du mari, et si dame Z. passe un contrat, les tribunaux bernois considéreront le jugement de séparation comme nul et on ne pourra en obtenir l'exécution.

Sur le préavis conforme du Procureur-général, le Tribunal cantonal a écarté le recours.

Motifs: Considérant que l'on ne saurait admettre, avec les recourants, que la séparation de biens touche directement au statut personnel proprement dit des époux.

Attendu que cette mesure a pour but et pour effet non point de modifier réellement l'état et la capacité du mari (art. 10 de la loi fédérale du 22 juin 1881 sur la capacité civile), mais seulement d'attribuer à la femme elle-même l'administration et la jouissance de ses biens (Cc. 1071).

Qu'elle touche, dès lors, plus au régime matrimonial qu'à la capacité civile proprement dite de la femme.

Que, du reste, si la capacité civile des femmes mariées est régie durant le mariage par le droit cantonal (art. 7 de la loi fédérale de 1881), il ne s'ensuit nullement que ce droit cantonal soit celui du canton d'origine, ainsi que le prétendent les recourants.

Qu'en effet, en disant simplement „droit cantonal", le législateur a voulu laisser aux cantons le soin de régler tout

ce qui concerne la capacité civile des femmes mariées, sans spécifier que cette capacité serait soumise aux lois du canton d'origine des époux.

Considérant, dès lors, que la séparation de biens doit pouvoir être poursuivie au lieu de domicile du mari.

Qu'étant, du reste, une des conséquences de la faillite, elle doit être prononcée au lieu où celle-ci a été ordonnée et qu'il y a des avantages incontestables à ce qu'une telle action soit portée au lieu de domicile du mari plutôt qu'à celui d'origine.

Considérant, enfin, que dans l'espèce, les époux Zwahlen-Gander se sont mariés en France, qu'ils ont vécu dans le canton de Vaud et qu'ils se sont soumis aux lois vaudoises pour une reconnaissance qu'a passée le mari en faveur de sa femme, le 17 avril 1883, devant la Justice de paix du cercle d'Aigle.

Que Marie Zwahlen a demandé sa séparation de biens en vertu de la loi vaudoise et que le mari Jean Zwahlen a adhéré à cette demande sans soulever aucune objection à la loi à appliquer dans le cas particulier.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VI. Band. 2 Heft.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIe Volume. 2me livr.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band VII.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1888.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

31. *Art. 27 Ziff. 4 B.-Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege. Kann die Rückerstattung angeblich nicht geschuldeter Steuern auf dem Civilwege geltend gemacht werden?*

Der Rückerstattungsanspruch für angeblich nach dem betreffenden Steuergesetz nicht geschuldete Steuern ist nicht privatrechtlicher, sondern öffentlichrechtlicher Natur. Denn derselbe geht auf Rückgewähr einer öffentlichrechtlichen Leistung, weil diese erfolgt sei, ohne dass nach den einschlägigen Grundsätzen des öffentlichen (Steuer-) Rechtes eine Leistungspflicht bestanden hätte. Ebenso wie vor geschehener Erfüllung der Anspruch des Staates auf Zahlung des Steuerbetreffnisses ein öffentlicher war[1]), ebenso ist es der Anspruch auf Rückerstattung der gemachten Leistung. Durch die Thatsache der Erfüllung wird die Natur des Rechtsverhältnisses nicht geändert. Das Bundesgericht ist daher als Civilgerichtshof zur Beurtheilung solcher Rückerstattungsansprüche nicht competent. (Entsch. vom 3. Febr. 1888 i. S. Rentenanstalt c. Kanton Zürich.)

---

32. *Art. 1 des B.-Gesetzes über die persönliche Handlungsfähigkeit und Art. 490 O. R. Kann einer nach eidg. Rechte handlungsfähigen Person durch kantonales Gesetz die Fähigkeit, Bürgschaften einzugehen, abgesprochen werden?*

Wittwe G. begab durch Blankoindossement zum Zwecke der Verbürgung für M. G. einen von diesem an ihre Ordre ausgestellten Eigenwechsel an die Berner Handelsbank. Da der Wechsel von dem Aussteller nicht eingelöst wurde, so belangte die Berner Handelsbank im Regresswege die Wittwe G. In dem darauf entstandenen Processe traten die Kinder derselben als Hauptintervenienten auf und stellten das Rechtsbegehren: Es solle gerichtlich erkannt werden, die Unter-

---

[1]) Siehe oben Nr. 1.

zeichnung des von M. G. ausgestellten Eigenwechsels durch Wittwe G. sei ungültig. Dieses Rechtsbegehren wurde damit begründet: Wittwe G. unterstehe der Vorschrift des Art. 6 des bernischen Gesetzes vom 27. Mai 1847 über die Aufhebung der Geschlechtsbeistandschaften im alten Kantonstheil, welches in Absatz 2 bestimme: „Bis zum Abschlusse der Theilung ist es auch der Wittwe schlechthin untersagt, Bürgschaften einzugehen.“ Die fragliche Wechselverpflichtung der Wittwe G. sei nun keine selbständige Verbindlichkeit, sondern eine verschleierte Bürgschaft und aus diesem Grunde ungültig. Das bernische Obergericht wies die Hauptinterventionsklage ab, weil Art. 6 Abs. 2 des cit. Gesetzes aufgehoben sei. Der kantonale Gesetzgeber dürfe nicht entgegen dem Bundesgesetze betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881 aus Gründen vormundschaftlicher Natur die Verpflichtungsfähigkeit der Wittwe für eine bestimmte Vertragsart rundweg aufheben. Die Ueberlegung, dass Frauen sich leicht werden bereden lassen, das gefahrvolle Geschäft der Bürgschaft einzugehen, könne auf kantonalem Rechtsgebiete nicht mehr zum Bürgschaftsverbote schlechthin führen. Das Bundesgericht bestätigte das Urtheil.

Gründe: Das Bürgschaftsverbot des Al. 2 des Art. 6 des bernischen Emanzipationsgesetzes kann nicht (wie dies in Betreff der in Al. 1 ibidem statuirten Beschränkung durch die bundesgerichtliche Entscheidung in S. Isenschmid c. Hurni vom 20. Juni 1884, A. Sg. X S. 246 u. ff. geschehen ist)[1]) als eine aus dem Warterecht der Kinder am elterlichen Vermögen fliessende Beschränkung der Verfügungsbefugniss der Wittwe über ihr Vermögen betrachtet werden; denn dasselbe ist ja ein schlechthin unbedingtes und greift Platz, ohne alle Rücksicht darauf, ob durch die übernommene Bürgschaft die Rechte der Kinder irgendwie verletzt werden. Dieses Verbot kann daher, mag sein legislativer Grund welcher immer sein, nur aufgefasst werden als eine Beschränkung entweder der persönlichen Handlungsfähigkeit oder der Rechtsfähigkeit von Wittwen, welche mit ihren Kindern noch nicht getheilt haben; im einen wie im andern Falle ist es mit bestehendem Bundesrechte unvereinbar. Betrachtet man dasselbe als Beschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit, so ist es bereits durch das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, weil in diesem Gesetze nicht vorbehalten,

---

[1]) Siehe diese Revue Bd. II S. 115 Nr. 84.

beseitigt; betrachtet man dasselbe hingegen als eine singuläre, durch das Handlungsfähigkeitsgesetz nicht berührte, Beschränkung der Rechtsfähigkeit der sog. unabgetheilten Wittwen, so ist es jedenfalls durch Art. 490 O. R. aufgehoben. Denn dieser Artikel bestimmt ja, dass fähig eine Bürgschaft einzugehen, jeder sei, welcher sich nach Massgabe des O. R. durch Verträge verpflichten könne; er schliesst also ausdrücklich aus, dass die Bürgschaftsfähigkeit allgemein verpflichtungsfähiger Personen durch besondere Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebung beschränkt oder ausgeschlossen werden könne. Allgemein verpflichtungsfähig gemäss den Bestimmungen des O. R. sind aber unabgetheilte Wittwen unzweifelhaft. (Entsch. vom 27. Januar 1888 i. S. Gfeller c. Berner Handelsbank.)

---

33. *Art. 55 O. R. Zur Auslegung dieser Gesetzesbestimmung.*

Dem unten bezeichneten Urtheile des Bundesgerichts entnehmen wir Folgendes:

Die vom Beklagten dem Klageanspruche entgegengestellte grundsätzliche Einwendung, der Kläger könne, nachdem er bereits im Strafprozesse auf „Genugthuung" geklagt habe, wegen der gleichen Thatsachen nicht noch im Civilprozesse eine Geldsumme als „Genugthuung" einklagen, entbehrt jeder Begründung. Es ist klar, dass aus dem nämlichen Thatbestand ein Straf- und ein Civilanspruch (auf Bestrafung einerseits, auf Entschädigung für erlittene ökonomische oder ideelle Nachtheile andrerseits) erwachsen kann. Es kann kein Zweifel darüber obwalten, dass die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, es sei der Kläger durch widerrechtliches Handeln des Beklagten in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt worden. Es genügt hiefür darauf zu verweisen, dass nach der thatsächlichen Feststellung der Vorinstanz der Beklagte den Kläger ohne allen Grund öffentlich in einem Zeitungsartikel beschuldigt hat, er huldige „antiken Passionen" (d. h. dem Laster der Päderastie), sei ein Vertheidiger der „Unnatur", habe vorzugsweise Nero, Tiberius und Caligula studirt und sei wegen Versuchs umgekehrter Anwendung seiner Studien bei einer ihm als Schülerin anvertrauten jungen Dame zweimal auf öffentlicher Strasse durchgeprügelt worden (d. h. es sei dies geschehen wegen eines von ihm begangenen Versuchs eines Sittlichkeitsvergehens an einer Schülerin). Diese Vorwürfe sind (von dem übrigen Inhalte des fraglichen Artikels ganz abgesehen) so schwerer Natur, dass durch die-

selben der Kläger zweifellos in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt, dass seine ganze Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft, zumal noch mit Rücksicht auf seine Eigenschaft als Lehrer, dadurch erschüttert werden musste; es sind dieselben auch dem Beklagten, der sie in jedenfalls fahrlässiger Weise in die Oeffentlichkeit warf, gewiss zum Verschulden anzurechnen. Der Ersatzanspruch des Klägers aus Art. 55 O. R. ist somit prinzipiell begründet. Bezüglich des Quantitativs der Entschädigung ist nicht ersichtlich, dass die vorinstanzliche Entscheidung, indem sie dieselbe auf Fr. 1500 ansetzte, auf einem Rechtsirrthum beruhe; es erscheint dieselbe vielmehr als den Verhältnissen angemessen, insbesondere da in keiner Weise erwiesen ist, dass der Beklagte vom Kläger durch einen ihn beschimpfenden Artikel im sogen. „Dynamitheiri" gereizt worden sei. (Entsch. v. 4. Februar 1888 i. S. Attenhofer c. Krüger.)

---

34. *Kompetenzen der Vormundschaftsbehörden bezüglich von Kindern, welche durch Scheidungsurtheil einem Elterntheil zur Pflege und Erziehung zugewiesen worden sind.*

Der Umstand, dass in einem Ehescheidungsurtheile kantonaler Gerichte oder des Bundesgerichtes die Kinder zur Pflege und Erziehung dem einen Elterntheil zugewiesen werden, ändert an den gesetzlichen Competenzen der kantonalen Vormundschaftsbehörden nichts. Dieselben sind befugt, gemäss den Bestimmungen der einschlägigen kantonalen Gesetze wegen mangelhafter Erfüllung der Elternpflichten einzuschreiten, und die im Interesse der Kinder nöthigen Massnahmen zu treffen. Die Vormundschaftsbehörden können daher die Uebergabe der Kinder an den bestellten Vormund anordnen. Ob eine solche Massnahme materiell gerechtfertigt sei, hat das Bundesgericht nicht zu prüfen, da es sich dabei ausschliesslich um Anwendung kantonalen Gesetzesrechts handelt. (Entsch. vom 20. Januar 1888 i. S. Fallegger.)

---

35. *Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und Art. 3 Abs. 2 des Bahnpolizeigesetzes. Unfall verursacht durch Offenstehen der Barriere eines Privatüberganges. Befreit der Umstand, dass es sich um einen Privatübergang handelt, die Eisenbahnunternehmung von der Entschädigungspflicht?*

In einem Eisenbahnhaftpflichtfalle stellte die beklagte Eisenbahngesellschaft der Klage die Einrede der mangelnden

Passivlegitimation entgegen, weil der Unfall mit dem Offenstehen einer Barriere in kausalem Zusammenhange stehe, der betreffende Uebergang aber ein Privatübergang und daher von dem Berechtigten zu bedienen sei. Eventuell verlangte sie die Abweisung der Klage, weil der Unfall durch Verschulden eines Dritten, nämlich des am Privatübergange Berechtigten herbeigeführt worden sei. Darauf erwiderte das Bundesgericht: Die von den Klägern angestellte Entschädigungsklage aus dem Eisenbahnhaftpflichtgesetze muss selbstverständlich gegen die Beklagte, als die conzessionirte Eisenbahnunternehmung, bei deren Betrieb der Unfall sich ereignet hat, gerichtet werden. Die Behauptung der Beklagten, dass Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend Handhabung der Bahnpolizei vom 18. Februar 1878 für Unfälle, welche auf Privatübergängen sich ereignen, dem Grundsatze des Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes derogire, ist unrichtig. Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 cit., wonach die Barrieren in der Regel geschlossen sind und von den Berechtigten zur Benutzung des Uebergangs „unter eigener Verantwortlichkeit" geöffnet und wiedergeschlossen werden, enthält lediglich eine mit dem Grundsatze des Art. 2 des Haftpflichtgesetzes durchaus vereinbare Polizeivorschrift. Es kann sich, sofern durch das Offenstehen der Barriere eines Privatüberganges ein Unfall verursacht wird, nur fragen, ob nicht einer der Haftbefreiungsgründe des Art. 2 des Haftpflichtgesetzes zutreffe, speziell ob nicht der Unfall „durch Versehen oder Vergehen Dritter bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt verursacht worden sei." Allein dieser Haftbefreiungsgrund liegt nicht vor. Es ist zwar nicht richtig, dass die an einem Privatübergange Berechtigten zu denjenigen Personen gehören, welcher sich die Bahngesellschaft (im Sinne des § 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes) „zum Betrieb der Transportanstalt bedient" und für welche sie daher ohne Weiteres einstehen muss. Denn solche Dienstbarkeitsberechtigte besorgen ja nicht kraft Vertrages für die Bahngesellschaft einen Theil der an sich dieser obliegenden Geschäfte, sondern sie üben lediglich ihr eigenes Recht aus, wobei sie einfach an die vom Bahnpolizeigesetze aufgestellten, die Modalitäten ihrer Rechtsausübung regelnden Vorschriften gebunden sind. Sie sind also allerdings als Dritte, bei der Bahnverwaltung nicht angestellte Personen zu betrachten. Allein die Einwirkung von Versehen oder Vergehen solcher Personen auf Betriebsunfälle befreit die Bahngesellschaft nur dann, wenn dieselben den

Unfall erwiesenermassen ohne Mitverschulden der Transportanstalt herbeigeführt haben. In concreto liegt nun aber — mag es sich mit dem Verschulden des am Uebergange Berechtigten wie immer verhalten[1]) — jedenfalls ein Mitverschulden der Bahngesellschaft vor. Nach Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen liegt den Bahngesellschaften in erster Linie die Handhabung der Bahnpolizei ob; sie sind daher verpflichtet bahnpolizeilichen Uebertretungen, welche die Sicherheit des Betriebes oder Dritter gefährden, durch Anzeige des Fehlbaren bei der zuständigen Stelle u. s. w. entgegenzuwirken. Den Angestellten der Beklagten war nun bekannt, dass die in Rede stehende Barriere seit langer Zeit in völlig bahnpolizeiwidriger sicherheitsgefährdender Weise gar nicht mehr bedient, sondern beständig offen gelassen wurde. Nichtsdestoweniger haben sie nicht das Mindeste gethan, um dem gesetzwidrigen Zustand ein Ende zu machen, sondern haben denselben einfach bestehen lassen. Darin liegt ohne Zweifel eine eigene Fahrlässigkeit der Transportanstalt, welche die Berufung auf den Haftbefreiungsgrund des Verschuldens von Drittpersonen von vornherein ausschliesst. (Entsch. v. 14. Januar 1888 i. S. Hiestand c. Nordostbahn.)

---

36. *Art. 5 lit. c des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Einfluss früherer Verletzungen des Geschädigten auf die Schadensersatzpflicht des Fabrikherrn.*

Ueber den Sinn der bezeichneten Gesetzesbestimmung äusserte sich das Bundesgericht dahin: Dieselbe ist, wenn auch ihr Wortlaut in dieser Richtung nicht unzweideutig ist, dahin zu verstehen, dass eine Reduktion der Entschädigung Platz zu greifen habe, sowohl wenn frühere Verletzungen des Geschädigten auf die letzte Verletzung selbst, als auch wenn sie auf deren Folgen einwirken. Diess ergibt sich aus dem unverkennbaren Zweck des Gesetzes wie aus den Gesetzesmaterialien (s. Botschaft des Bundesraths, Bblt. 1880,

---

[1]) Dass der Privatberechtigte einen Bahnwärter anstelle oder selbst die Obliegenheiten eines solchen übernehme, wird man wohl kaum verlangen können. Zur Annahme eines Verschuldens desselben genügt daher gewiss der blosse Umstand, dass der Privatübergang in einem gewissen Zeitpunkt nicht geschlossen gewesen ist, nicht. Es gibt ja Privatübergänge, die sich in grosser Entfernung von der Wohnung des Berechtigten befinden.

Bd. IV S. 541). Das Gesetz schreibt somit u. A. vor, dass, wenn die Folgen eines Unfalls sich desshalb schwerer gestalten, weil demselben eine frühere Verletzung vorausgegangen ist, der Betriebsunternehmer nicht für den ganzen entstandenen Schaden hafte, sondern mit Rücksicht auf die Konkurrenz des frühern Unfalls in billigem Masse zu entlasten sei. (Entsch. v. 26. Novbr. 1887 i. S. Société anonyme de filatures de Schappe c. Glanzmann.)

---

37. *Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Kann eine französische Assekuranzgesellschaft, welche in der Schweiz Geschäfte betreiben will, verpflichtet werden, hier Domizil zu wählen?*

Die Bestimmung einer kantonalen Verordnung, wonach „Assekuranzgesellschaften jeder Art, um die zum Betriebe ihres Gewerbes erforderliche Conzession zu erlangen, sich verpflichten müssen, für alle im betreffenden Kanton eingegangenen Verbindlichkeiten vor dessen Gerichten Red' und Antwort zu stehen und demgemäss im Kanton Domizil zu wählen, schiedsgerichtliches Verfahren vorbehalten," steht mit den Vorschriften des schweizerisch-französischen Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869 nicht im Widerspruch. Auch das an die Stelle der betreffenden kantonalen Gesetze und Verordnungen getretene Bundesgesetz vom 25. Juni 1885 enthält eine durchaus analoge Bestimmung. Ueber die Rechtsstellung der anonymen Gesellschaften u. s. w. der beiden Vertragsstaaten ist übrigens zwischen der Schweiz und Frankreich ausserhalb des Gerichtsstandsvertrages eine besondere Vereinbarung getroffen worden. (Entsch. v. 30. Dezbr. 1887 i. S. Compagnie générale d'assurances contre les accidents in Paris.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

38. *Nullité pour cause d'erreur. Paiement d'une dette prescrite. Prescription ou déchéance? Art. 18, 19 § 1, 72, 813 C. O.*

Vaud. Arrêt de la Cour civile du 24 jan. 1888 d. l. c. Deppierraz c. Vauthey.

Le 24 août 1886, François, Auguste et Louis Vauthey ont souscrit en faveur de Aimé Deppierraz un billet de change

du capital de 10,000 fr., à l'échéance du 24 février 1887, lequel a été endossé par Pierre-Daniel et Edouard Vauthey. Ce billet n'ayant pas été acquitté à son échéance, a été protesté, faute de paiement, le 25 février 1887. Le 10 mars 1887, le procureur-juré Cavin, mandataire de Deppierraz, a invité Pierre-Daniel V. à payer le dit billet, et le 25 mars, il lui a notifié un exploit par lequel tout droit de recours était réservé contre lui en sa qualité d'endosseur du billet. Avant cette notification, il avait été question entre Deppierraz et Cavin de créer une cédule en remplacement du billet. Le 27 mars, Cavin se rendit chez P.-D. et Ed. V. et leur voulut faire signer une déclaration de cautionnement écrite en travers du recto du billet et ainsi conçue: „Les soussignés déclarent, par les présentes, se constituer cautions solidaires du présent effet, jusqu'à bout d'entier paiement en capital, intérêts et tous accessoires. Sugnens, le 27 mars 1887." Ed. V. refusa d'abord de signer, mais Cavin le menaça de „le faire danser" s'il ne signait pas, et insista pour obtenir la signature en disant: „Signez, et dans un ou deux jours je reviendrai pour faire une cédule." Il représenta la signature comme une simple formalité destinée à éviter des frais de poursuite et à obtenir un taux d'intérêt plus favorable que celui du billet. Ed. V. consentit enfin à signer; P.-D. qui a l'ouïe dure et qui ne peut pas lire, signa de confiance; ils ignoraient qu'à teneur de l'art. 804 C. O. ils pouvaient prétendre être libérés de leur endossement, en alléguant que Deppierraz avait laissé expirer le délai d'un mois dès le protêt sans poursuivre les endosseurs. Le 2 mai D.-P. V. apprit que, le 27 mars précédent, le droit de recours du demandeur contre les endosseurs était périmé. Or, il oppose à l'action ouverte contre lui par Deppierraz en paiement de fr. 10,000 et accessoires, montant du billet, et conclut à libération et à ce qu'il soit prononcé que l'acte de cautionnement du billet de 10,000 fr. est nulle en tant qu'entaché d'erreur et de dol. -- La Cour civile a écarté les conclusions du demandeur et accordé celles libératoires du défendeur.

Motifs: Considérant que le 27 mars, au moment où le défendeur a signé le cautionnement civil sur le recto du billet, il ignorait qu'en vertu de l'art. 804 C. O. tout droit de recours du porteur contre les endosseurs était prescrit;

Que l'on ne saurait cependant imputer cette erreur à Cavin, parcequ'il n'a point été établi que Cavin ait su le 27 mars que le délai de recours contre les endosseurs était d'un mois et non de trente jours, et qu'ainsi il était expiré avant le 27 mars;

Que, dès lors, on ne saurait admettre que le défendeur a été amené à signer le cautionnement qu'il a donné sur le billet, par le dol de Cavin;

Mais attendu que le contrat n'oblige pas la partie qui, au moment de le conclure, se trouvait dans une erreur essentielle (Art. 18 C. O.);

Que l'erreur est essentielle, entre autres, lorsque l'une des parties entendait faire un contrat autre que celui auquel elle se déclare consentir (Art. 19 § 1 C. O.);

Que le défendeur ignorait que Deppierraz ne pouvait plus, le 27 mars, commencer valablement des poursuites contre lui, vu la péremption du délai de recours;

Qu'en signant l'engagement qui lui était présenté par Cavin, il avait en vue uniquement de faire un acte destiné à éviter les poursuites dont on le menaçait et les frais qui devaient en résulter;

Qu'il n'avait point l'intention de cautionner une dette dont il avait, à son insu, cessé d'être garant;

Qu'il entendait ainsi faire un contrat autre que celui auquel il a déclaré consentir, et que, dès lors, il se trouve dans le cas d'erreur essentielle prévu par l'art. 19 § 1 C. O.

Considérant que, si l'on ne peut répéter ce qu'on a payé pour acquitter une dette prescrite (Art. 72 C. O.), on ne saurait cependant admettre, avec le demandeur, que cette disposition de la loi puisse être appliquée en l'espèce;

Qu'en effet, il ne s'agit point ici d'un paiement, comme tel aurait été le cas si le défendeur avait signé la cédule que Cavin s'était proposé de faire souscrire;

Qu'il n'y a eu aucune novation ni extinction d'une dette ancienne par une dette nouvelle créée en remplacement de la précédente;

Que, dès lors, on ne saurait prétendre que Vauthey, en signant l'engagement du 27 mars, aurait payé une dette prescrite;

Que, d'ailleurs, l'engagement qui résultait pour le défendeur de l'endossement donné sur le billet de change, était définitivement éteint par l'échéance du délai d'un mois prévu par l'art. 804 C. O.;

Qu'il y a lieu de distinguer entre les obligations éteintes par la prescription, auxquelles survit une obligation naturelle, et celles qui sont éteintes par la péremption du droit de change, auxquelles ne peut survivre qu'une action en réclamation du bénéfice fait aux dépens du porteur;

Qu'il ne s'agit pas, dans le cas actuel, d'une prescription proprement dite, mais d'une véritable déchéance, telle qu'elle est prévue par l'art. 813, 1er al. C. O.

---

39. *Vertragsungültigkeit wegen Furchterregung. Solche besteht nicht in der Anwendung gesetzlich erlaubter Zwangsmittel. Art. 26 und 27 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 30. December 1887 i. S. Dill und Cons. c. Frau Tschudin.

J. Dill und Cons. waren Bürgen des J. Tschudin; dieser gerieth in Concurs und seine Ehefrau verpflichtete sich gegenüber den Bürgen am 28. Mai 1887 die betreffende verbürgte Schuld sammt Zinsen zu übernehmen.. Die Bürgen bezahlten hierauf den Gläubiger und betrieben dann die Frau Tschudin für ihre Forderung. Diese bestritt ihre Zahlungspflicht, weil ihre Schuldübernahme vom 28. Mai eine erzwungene gewesen sei. An jenem Tage nämlich, als sie ihr aus dem Concurs des Mannes kraft Weibergutsprivilegs gerettetes Mobiliar bereits in Pratteln, ihrem bisherigen Wohnorte, auf einen Möbelwagen gepackt gehabt habe, um nach Basel überzusiedeln, habe ihr der Gemeindepräsident von Pratteln einen Arrest darauf zu legen gedroht, wenn sie die Schuld nicht übernehme. Da sie ihre bisherige Wohnung schon aufgegeben und das Logis in Basel gemiethet gehabt habe, so habe sie dem Zwang nachgeben und die Schuldübernahme zu Gunsten der Bürgen unterschreiben müssen, obschon sie nicht dazu verpflichtet gewesen sei. Ihre Unterschrift sei daher nach Art. 26 und 27 O. R. nicht rechtsverbindlich. Die Kläger bestritten irgend welchen Zwang und behaupteten, die Beklagte habe ihnen vorher schon die Uebernahme der Schuld zugesagt gehabt, welch letzteres die Beklagte indess bestritt. Das Civilgericht fand aber überhaupt die Voraussetzung der Art. 26 und 27 nicht vorhanden und verurtheilte (unter Bestätigung des Appellationsgerichts vom 9. Febr. 1888) die Beklagte zur Bezahlung der eingeklagten Forderung.

Motive: Gemäss Art. 26 und 27 O. R. hat die von der Beklagten erhobene Einrede zur Voraussetzung entweder, dass widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht die Eingehung der Schuldverpflichtung bewirkt wurde, oder dass durch die Androhung der Geltendmachung eines Rechtes die bedenkliche Lage des Bedrohten missbraucht worden ist, um ihm die Einräumung übermässiger Vortheile abzunöthigen. Im vorliegenden Fall sind aber diese Voraussetzungen weder

in der einen noch in der andern Richtung vorhanden. Wenn man auch die Darstellung des Hergangs vom 28. Mai 1887 in allen Theilen als so geschehen annimmt, wie Beklagte angiebt, so liegt auf alle Fälle keine widerrechtliche Handlung seitens der Kläger vor, denn dadurch, dass sie, als Beklagte im Begriffe war, ihren Wohnort zu verlassen und in Basel einen neuen zu begründen, durch die competente Behörde die Arrestanlegung androhen liessen, haben sie auf völlig gesetzmässige Weise dasjenige Mittel angewendet, welches ihnen das Gesetz gerade für solche Fälle an die Hand giebt. Es kann sich also nur noch fragen, ob sie durch Androhung der Arrestanlegung die bedenkliche Lage der Beklagten missbraucht haben, um ihr die Einräumung übermässiger Vortheile abzunöthigen. In dieser Richtung ist in Betracht zu ziehen, dass die Beklagte durch die Arrestandrohung in keine bedenklichere Lage versetzt wurde, als sie eben die Arrestlegung auf das Mobiliar eines von seinem alten Wohnort fortziehenden Schuldners immer mit sich bringen wird; wenn nun Beklagte in dieser Lage einen von den Klägern als bereits zu Recht bestehend behaupteten, aber von ihr bestrittenen Anspruch anerkannte, so kann hierin nicht eine durch die bedenkliche Lage der Bedrohten veranlasste Abnöthigung übermässiger Vortheile erblickt werden. Es kann nicht im Sinne des Gesetzes liegen, dass ein Schuldner, nachdem er infolge einer unter den gesetzlichen Voraussetzungen erfolgten Arrestandrohung einen streitigen Anspruch anerkannt hat, sich hinterher dieser Anerkennung unter Hinweis auf seine angeblich bedenkliche Lage wieder entschlagen kann, diess um so weniger, als es einem Schuldner, dessen Fahrhabe mit Arrest belegt ist, unbenommen bleibt, im Prosecutionsverfahren seine Rechte und allfälligen Schadensersatzansprüche in jeder Richtung hin geltend zu machen.

---

40. *Gewerbefrau. O. R. Art. 35 und B.-Ges. über Handlungsfähigkeit Art. 7. Verhältniss zum cantonalen ehelichen Güterrecht.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts v. 28. Dec. 1886 i. S. Keller c. Preschli.

Frau Louise Keller lebt mit ihrem, 1885 in Concurs gerathenen Mann in Gütertrennung. Der Mann betreibt aber auf ihren Namen sein Metzgereigeschäft fort. Als der Eigenthümer des Hauses, worin dieses Geschäft betrieben wurde, Miethexecution gegen die Eheleute K. einleitete, klagte Frau

K. gegen ihn Fr. 184. 37 für bezogenes Fleisch und Arbeitsleistungen von ihr und ihrem Ehemann ein. Der Bekl. bestritt in erster Linie die Activlegitimation der Klägerin, und die erste Instanz wies sie aus diesem Grunde ab: das Geschäft sei in Wirklichkeit vom Manne betrieben und werde nicht mit dem zugebrachten Vermögen der Frau geführt, welch letzteres allein ihr vorbehaltenes oder versichertes Gut sei. Frau K. appellierte unter Berufung darauf, dass sie gemäss Art. 35 O. R. mit Zustimmung ihres Mannes das Gewerbe auf ihre Rechnung betrieben habe; die Metzgereigeräthe seien ihr Zugebrachtes, weil sie ihr nach dem Concurs bei der Gütertrennung überlassen worden seien, u. s. w. Das Obergericht hat die Appellantin abgewiesen.

Motive: Die Appellantin ist Ehefrau und eine solche ist nur im Ehescheidungsprocess befugt, selbständig klagend aufzutreten. Der Ehemann ist der natürliche Vormund seiner Frau und vertritt diese ohne weitere Vollmacht in allen Rechtsangelegenheiten (§ 67 des priv. G. B.). Der in Concurs gerathene Ehemann bleibt der Vormund seiner Ehefrau. Auch durch die Gütertrennung wird die Ehefrau nicht eigenen Rechts, sondern steht noch unter der Vormundschaft des Ehemannes. Ausnahmen von dieser Regel kommen vor, wenn der Ehemann wegen collidirender Interessen nicht als geeignet erscheint, die Ehefrau zu vertreten; alsdann ist ihr durch das Waisenamt ein ad hoc ernannter Vormund beizugeben (Rechenschaftsbericht des Obergerichts 1880 S. 27). Die im Streite liegende Forderung steht gar nicht der Appellantin zu. Die Forderung beruht auf der Lieferung von Fleisch, Arbeitsleistungen des Ehemannes und der Ehefrau, sie ist nicht eingebrachtes oder zugebrachtes Frauengut, sondern erworbenes Gut, über das dem Manne das Dispositionsrecht zusteht: Frucht seiner Arbeit und der Arbeit der Ehefrau während der Ehe. Der Erwerb in der Ehe gehört zum Gebrauche und Genuss dem Ehemann (§ 72 des priv. G. B.). Selbst von versichertem Frauengut hätte der Ehemann den vollen Fruchtgenuss (§ 90 ibid.). Mit Unrecht beruft sich die Appellantin darauf, dass sie als Handelsfrau ein Gewerbe mit Einwilligung ihres Ehemannes betrieben habe und deshalb im Sinne des Art. 7 des B.-Ges. über die Handlungsfähigkeit und Art. 35 O. R. persönlich berechtigt und verpflichtet werde. Diese Gesetzesbestimmungen setzen die selbständige Betreibung eines Gewerbes voraus; im vorliegenden Fall kann gar nicht behauptet werden, dass die Ehefrau die Metzgerei selbständig betreibe; gegentheils es

betreibt der Ehemann den Beruf und die Ehefrau hat ihren Namen dazu hergegeben in der unrichtigen Voraussetzung, durch dieses Manöver den Erwerb aus der Berufsbetreibung den Gläubigern des Mannes entziehen zu können. Solche Machenschaften haben keinen Anspruch auf richterlichen Schutz und ist die Fiction, der Ehemann sei nur der Knecht seiner Frau gewesen, durchaus unhaltbar.

---

41. *Schadenersatz aus unerlaubten Handlungen. Quasi-Schmerzengeld. Art. 50 und 55 O. R.*

Bern. Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 10. Febr. 1888 i. S. Guscetti c. Häni.

Der Grosshändler Edoardo Guscetti in Mailand hat den Rudolf Häni in Bern „als solidarisch haftenden Mitredaktor" der in Bern erscheinenden Zeitschrift „Milchindustrie" mit einer Klage auf Schadenersatz belangt „wegen der demselben durch den in der Nummer 23 der „Milchindustrie" vom 6. Juni 1885 enthaltenen, mit den Initialen L. S. unterzeichneten Artikel, betitelt: „Zur Lage in Italien" und speciell wegen der dem Kläger durch die beiden letzten Absätze dieses Artikels zugefügten Ehrverletzung und Kreditschädigung." Gemeint ist folgende Stelle:

„Es ist allerdings eine dunkle Geschichte ans Licht geschleppt worden bez. des Verkaufs einer am Platz liegenden Partie Gruyère und Sbrinz. Diese Waare soll zu Schundpreisen (prezzi vili) den Eigner gewechselt haben und der Herr Correspondent des „Sole" wäre wahrscheinlich im Falle, mehr davon zu wissen. Hoffentlich spielt er mit seinen Ausdrücken nicht auf dieses Geschäft an, denn es ist so dunkel und schmutzig, dass es vor Gerichtsschranken gehörte, was dem Correspondenten des „Sole" am allerwenigsten angenehm wäre."

„Das hiesige schweizerische Consulat ist vom Factum informirt und im Falle etwelche Auskunft zu geben." „L. S."

Der Artikel selbst bringt zunächst eine Abwehr der Redaction gegen eine im „Sole" erschienene Correspondenz von E. Guscetti, der versucht habe „die in Italien niedergelassenen Schweizerfirmen der Schuld der Krisis an den dortigen Plätzen anzuklagen." Mit der Bemerkung: Im Uebrigen lassen wir einer Schweizerfirma in Mailand das unverkürzte Wort, wird sodann die Correspondenz eingeleitet, welche mit den angefochtenen Sätzen schliesst.

Nach dem Zusammenhang kann sich die Stelle nur auf

Kläger G. beziehen, und H. bestreitet das im Processe nicht, erklärt vielmehr, der Vorwurf des schmutzigen und dunkeln Geschäfts, an dem G. thätigen Antheil genommen habe, beziehe sich auf die Thatsache, dass G. auf Anfrage eines Schweizerkaufmanns Huber einen Käufer als gut bezeichnet habe, um sich dann die Waare behufs Deckung einer Forderung zu verschaffen. Das Gericht verurtheilte den Beklagten zu Schadenersatz von 100 Fr.

Motive: Schon aus der Fassung des Artikelschlusses, insbesondere aber bei Würdigung des beklagtischen Commentares ergibt sich, dass derselbe den Vorwurf einschliesst, G. habe sich im Handel eines unehrenhaften, betrugähnlichen Verhaltens schuldig gemacht. Dieser Vorwurf ist der Art, dass die Meinung des Beklagten, es handle sich lediglich um eine berechtigte Kritik, keine Beachtung verdient, wenn nicht etwa die Wahrheit der belastenden Thatsachen erbracht wird. Dieser Nachweis ist zwar unternommen worden, aber gänzlich misslungen.

Kaufmann Huber, welcher hintergangen worden sein soll, hat eine Creditinformation von G. weder eingeholt noch erhalten, so dass die Erwerbung der Waare durch G. nicht auf eine Täuschung zurückzuführen ist. Anderseits ist festgestellt, dass G. als Inhaber einer Käsehandlung ersten Ranges und als Privatmann in Mailand in hoher Achtung steht und dass auch seine Geschäftsbeziehungen zu schweizerischen Handlungen, wie von beinahe allen Zeugen bestätigt wird, gute und ehrenhafte sind.

In welcher Weise den Beklagten ein Verschulden an dieser unerlaubten Handlung trifft, ist in der Klage nicht näher auseinandergesetzt, indem lediglich eine solidarische Haftung der Redactoren des Blattes behauptet wird. Eine solche ist nun aus dem schweiz. O. R. nicht abzuleiten und die cantonalen Bestimmungen, welche eine solche Haftung allerdings begründeten, sind dahingefallen. Vielmehr war das subjective Verschulden des Beklagten durch den Kläger nachzuweisen. Da nun ein doloses Handeln des Beklagten nicht dargethan ist, so kann nur ein fahrlässiges Verhalten in Frage stehen. Ein solches liegt nun allerdings darin, dass H., welchem als Mitredactor die Pflicht oblag, von dem Inhalt der betreffenden Nummer vor der Drucklegung Kenntniss zu nehmen, den Artikel mit der beanstandeten Schlussstelle hat erscheinen lassen.

Ein öconomischer Schaden ist aber durch diese schuldhafte unerlaubte Handlung nicht verursacht worden, wenig-

stens fehlt hiefür jeder Nachweis. Soweit sich die Klage daher auf Art. 50 O. R. stützt, ist sie nicht begründet. Dagegen ist dem Kläger G. zuzugeben, dass ihn der ungerechtfertigte Vorwurf, er habe sich an einem dunkeln und schmutzigen Geschäfte betheiligt, das vor die Gerichtsschranken gehörte, tief schmerzen und seine persönlichen Verhältnisse ernstlich verletzen musste. Besonders mit Rücksicht auf den im Processe unternommenen Versuch, die Ehre des Klägers neuerdings in Zweifel zu ziehen, scheint es geboten, dem E. G. ein Quasi-Schmerzengeld (Art. 55 O. R.) zuzuerkennen.

Da der Kläger auf die Höhe des Betrages kein Gewicht zu legen erklärt und ein schweres subjectives Verschulden des Beklagten nicht festgestellt ist, so mag ein Betrag von hundert Franken als angemessen erachtet werden.

---

42. *Action en dommages-intérêts. Dénonciation calomnieuse; préjudice morale. Art. 55 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 24 janvier 1888 d. l. c. Dusonchet c. Le Phénix et La Magdebourg.

Les Compagnies d'assurances sur la vie Le Phénix et La Magdebourg adressèrent, les 22 et 23 avril 1886, au procureur général de Genève une plainte contre M. Dusonchet, dans laquelle elles exposent, qu'elles ont contracté, sur la tête de divers assurés, un certain nombre de polices au profit dudit Dusonchet, que la majeure partie de ces assurés sont morts très peu de temps après les conclusions des polices, et que, après enquête, elles ont tout lieu de croire qu'elles ont été victimes de manœuvres frauduleuses tendant à leur cacher, au moment de la naissance des contrats, l'état de santé véritable des assurés. Elles signalent, en particulier, le décès d'une dame Z. et déclarent qu'elles ont lieu de croire qu'elles ont été sciemment trompées par M. Dusonchet ou par l'assurée sur l'état de santé de cette dernière. Elles désirent donc faire procéder à l'autopsie de dame Z. et se proposent, si cette autopsie confirme leurs soupçons, de porter plainte contre les bénéficiaires des polices, pour escroquerie. — Le procureur général requit une information, mais la Chambre d'instruction décida qu'il n'y avait lieu à suivre contre Dusonchet du chef d'escroquerie. Antérieurement à la plainte mentionnée, Le Phénix avait assigné par-devant le tribunal de commerce la dame Z. et Dusonchet aux fins d'ouir déclarer nulle la police d'assurance conclue entre Dusonchet et la Compagnie sur la

tête et avec le consentement de la veuve Z. Ce tribunal débouta Le Phénix de ses conclusions. Mais un arrêt de la Cour de justice réformait le jugement, considérant que dame Z. a usé de réticences et fait de fausses déclarations de nature à diminuer chez Le Phénix l'opinion du risque, et déclarait, en conséquence, la police nulle à l'égard de toutes les parties contractantes, „bien qu'il n'ait pas été établi que Dusonchet ait connu l'état de maladie de dame Z. et que dans le doute, il doit être considéré comme étant de bonne foi."

Sur ces faits, Dusonchet a ouvert action en dommages-intérêts contre les deux Compagnies. Le Tribunal civil a condamné le Phénix à payer à Dusonchet la somme de 500 fr.

Motifs: Considérant qu'il résulte de l'ordonnance de la Chambre d'instruction et de l'arrêt de la Cour de justice, que c'est imprudemment, illicitement que la Cie Le Phénix a déposé en mains du procureur général une plainte en escroquerie contre D.;

Que celui-ci ne justifie, ni n'offre de justifier que le dépôt de cette plainte lui a causé un dommage matériel;

Que toutefois, il n'est pas discutable que, par sa nature, cette plainte a porté une grave atteinte à sa situation personnelle; que ce n'est donc qu'à une réparation morale qu'il a droit;

Que le présent jugement, qui constate la témérité de la plaignante, la lui alloue;

Attendu cependant que la Cie Le Phénix, pour fonder sa défense, persiste dans ses imputations calomnieuses à l'égard du demandeur;

Que, de ce chef, elle est passible de dommages-intérêts envers lui (art. 751 Nr. 3 [1]) loi de proc. civ. genev.);

Que, dans ce cas, les honoraires du conseil du demandeur doivent être pris en considération (art. 121, Nr. 4 de la dite loi);

Vu les art. 50 et 55 C. O., 751 Nr. 3 et 121 Nr. 4 de la loi de proc. civ. genev.

---

[1]) Seront condamnés aux dommages-intérêts envers les parties lésées.... 3. celui qui, pour fonder sa demande ou sa défense, aurait recours à des allégations ou dénégations mensongères, à des imputations calomnieuses, ou à tous autres moyens de mauvaise foi. — Der Kläger erhält also seine Fr. 500 nicht auf Grund des Art. 55 O. R. (diesem ist durch die Ehrenerklärung des Gerichts genügt), sondern auf Grund der processualischen calumnia (Trölerei) der Beklagten.

Quant à la Cie La Magdebourg, elle déclarait qu'elle ne connaissait pas le demandeur, qu'elle n'avait jamais traîté avec lui, et qu'elle n'avait jamais porté plainte contre lui; puis elle exposait que fût-il établi qu'elle a porté cette plainte contre le demandeur, elle ne saurait, de ce chef, être condamnée à des dommages-intérêts, parcequ'elle avait des motifs de la plus haute gravité. Le Tribunal la condamna au paiement de fr. 1000.

Motifs: Attendu que c'est par pure méchanceté, que la Cie La Magdebourg a déposé en mains de M. le procureur général une plainte en escroquerie contre D.;

Que celui-ci ne justifie etc.

(Le reste reproduit les motifs du jugement contre Le Phénix, en mettant méchanceté au lieu de témérité et ajoutant „méchamment" dans ses imputations calomnieuses.)

---

43. *Haftung für Verschulden Dritter. Der Art. 61 O. R. schafft eine gesetzliche Vermuthung nur für ein Verschulden durch mangelhafte Beaufsichtigung, nicht für ein solches durch schlechte Erziehung.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 21. Febr. 1888 i. S. Diebold c. Hauser.

Motive: 1. Zur Herstellung des Klagefundamentes der auf Art. 61 O. R. gegründeten Klage genügt die Thatsache, dass M. H., das Kind der Beklagten, über welches ihr die häusliche Aufsicht zusteht, am 9. Juni 1887 einen Stein oder eine Spielkugel („Klüre") gegen das Schaufenster des von der Klägerin gemietheten Ladenlocales geworfen und dadurch den eingeklagten Schaden verursacht hat, und es ist eine von der Beklagten zu beweisende Einrede, dass sie das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung ihres Kindes beobachtet habe. Allein der Beweis für diese Einrede ist geleistet und es muss daher die Klage abgewiesen werden.

2. Zwar sind es im Wesentlichen nur die thatsächlichen Vorfälle bei der Schädigung selbst, auf welche sie für diesen Beweis abstellt; aber wenn dieselben hiefür genügen, ist es nicht nöthig, noch Mehreres zu verlangen. Auch ist es natürlich unerheblich, dass dieselben erstinstanzlich nicht von der Beklagten, sondern von den Klägern und den Zeugen vorgebracht worden sind; denn die erstere ist berechtigt, dieselben auch für den ihr obliegenden Beweis in Anspruch zu nehmen. Uebrigens hat die Beklagte wenigstens in einem

Puncte das thatsächliche Fundament ihrer Einrede durch eine selbstständige Behauptung ergänzt, indem sie in der Appellationsverhandlung vortragen liess, der Vorfall habe sich ereignet unmittelbar nachdem M. mit andern Kindern aus der Vormittagsschule gekommen sei, also auf dem Heimwege von der Schule nach Hause, und es kann aus dieser Thatsache auch ein ungefährer Schluss auf das aus den Acten merkwürdiger Weise nicht ersichtliche und doch in verschiedenen Beziehungen nicht unerhebliche Alter der M. H. gezogen werden.

3. Es ist nun gewiss einleuchtend, dass es nicht als eine Ausserachtlassung des üblichen und durch die Umstände gebotenen Masses von Sorgfalt in der Beaufsichtigung angesehen werden kann, wenn die Eltern ihre Kinder nicht aus der Schule abholen, sondern den Weg nach Hause allein resp. in Begleitung der andern Schulkinder machen lassen, ja es wäre schon entschieden zu weit gegangen, es ihnen als Mangel an gehöriger Beaufsichtigung anzurechnen, wenn sie solche Kinder in der kurzen Zwischenzeit zwischen der Vormittagsschule und dem Mittagessen sich ohne Aufsicht im Freien, d. h. auf der Strasse herumtummeln lassen, zumal wenn sie durch ihr Geschäft an eigener Beaufsichtigung gehindert sind, wie dies bei der Beklagten der Fall ist, welche unbestrittenermassen einen Spezereiladen besitzt, den sie allein zu besorgen hat.

4. Auch darin kann man keinen Mangel an gehöriger Aufsicht erblicken, dass das Kind mit Zustimmung seiner Mutter Spielkugeln, sog. „Klüren" besessen hat; gesetzt, dies sei überhaupt thatsächlich der Fall gewesen und es habe mit einer solchen Spielkugel und nicht mit einem Stein das Schaufenster eingeworfen; denn an sich ist dieses Spielzeug nicht geeignet in der Hand von Kindern Schaden anzurichten, namentlich wenn dieselben bereits im schulpflichtigen Alter stehen und daher wissen müssen, dass sie damit nicht gegen Scheiben werfen dürfen, und die Eltern trifft daher kein Verschulden, wenn sie solche Spielsachen ihren die Schule besuchenden Kindern in die Hände geben, ohne sie nachher beim Spiele selbst zu beaufsichtigen.

5. Es bleibt daher nur der Mangel an gehöriger Erziehung und speciell der Mangel gehöriger Einschärfung, in der Nähe von Schaufenstern nicht mit Steinen zu werfen, was man der Mutter als Verschulden anrechnen und mit der Schädigung in ursächlichen Zusammenhang bringen könnte, denn ein anderes schuldhaftes Thun oder Lassen der Be-

klagten, bei welchem dieser Zusammenhang ebenfalls noch vorhanden wäre, ist nicht gedenkbar. Nun spricht aber Art. 61 O. R. nur von Mangel an Sorgfalt in der Beaufsichtigung und es gilt daher die dadurch geschaffene gesetzliche Vermuthung des Verschuldens nicht für jedes Verschulden, sondern nur für dasjenige, welches in dem Mangel an gehöriger Beaufsichtigung des Kindes liegt, namentlich also nicht für jedes Verschulden durch schlechte Erziehung. Wenn daher die Kläger behaupten wollen, dass die Beklagte den Schaden durch schlechte Erziehung ihres Kindes, insbesondere durch Unterlassung der Einschärfung des Verbotes mit Steinen zu werfen, was ja ebenfalls unter den Begriff mangelhafter Erziehung fällt, mitverschuldet habe, so ist es ihre Sache, hiefür nach den gewöhnlichen Beweisregeln den Beweis zu leisten. Uebrigens ist ein Kind im Alter der M. H., wie bereits angedeutet worden ist, klug genug, um ganz von sich aus zu wissen, dass es in der Nähe von Schaufenstern nicht mit Steinen werfen darf, und es wäre daher im vorliegenden Falle von vornherein unmöglich, den Causalzusammenhang einer mangelhaften Erziehung mit dem eingetretenen Schaden nachzuweisen.

6. Wenn daher auch die M. H. in absichtlicher oder fahrlässiger Weise das Schaufenster eingeworfen und dadurch die Kläger geschädigt haben sollte, so ist doch eine Mitschuld ihrer Mutter deswegen, weil sie nicht das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung beobachtet hätte, nicht anzunehmen und hat somit die Beklagte den Beweis für ihre die Klage zu Falle bringende Einrede geleistet.

---

44. *Contrat synallagmatique. La partie qui veut exercer ses droits doit elle-même satisfaire à ses engagements. Art. 95 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal civil du district de Lausanne du 15 déc. 1887 d. l. c. Compagnie gén. d'assur. c. Sollichon.

Le 1er septembre 1881, J. Sollichon a souscrit vis-à-vis de la Compagnie générale contre les accidents, à Paris, deux polices d'assurances, d'une durée de dix ans. Au moment où ces deux contrats ont été conclus, la Compagnie avait rempli les formalités prescrites par la loi vaudoise du 27 novembre 1878, art. 4, concernant les Sociétés anonymes, était régulièrement pourvue d'une patente et avait un agent pour le canton légalement domicilié à Lausanne. De 1881

au 31 mars 1884, Sollichon a payé ses primes. En octobre 1884, la Compagnie n'ayant pas acquitté la finance de sa patente pour le semestre courant, le Conseil d'Etat lui retira l'autorisation de faire des opérations dans le canton. Dès lors, elle cessa d'avoir une patente et un agent dans le canton. Sollichon renonça au paiement de ses primes et s'assura auprès d'une autre Compagnie. Après avoir gardé le silence jusqu'en 1887, la Compagnie générale a ouvert action à S. pour faire prononcer qu'il est son débiteur d'une somme de 1500 fr., pour montant des primes échues dès le 1er avril 1884 au 31 mars 1887. Le défendeur a conclu à libération par le moyen tiré du fait que la Compagnie n'étant plus au bénéfice d'une patente, ne peut opérer dans le canton et a cessé de fournir les garanties qu'elle offrait à l'origine (art. 95 C. O.). Le Tribunal a admis ce moyen et repoussé les conclusions de la demanderesse.

Motifs: Considérant que lors du contrat dont s'agit la loi du 27 novembre 1878 exigeait impérieusement des sociétés anonymes étrangères représentées par une succursale ou une agence l'obtention d'une patente.

Qu'en 1881 la Compagnie générale avait rempli les obligations que lui imposait la loi et que, dès lors, S. était au bénéfice des garanties sérieuses offertes par cette loi et protégé par la surveillance générale que l'Etat a sur les sociétés anonymes.

Qu'en se faisant, par sa faute, retirer la patente obtenue, la Compagnie a modifié d'une façon très importante les conditions sous lesquelles avaient été consenties les polices du 1er septembre 1881 et enlevé sans motifs les sécurités particulières sur lesquelles S. avait compté et qui l'avaient amené à traiter pour la longue période de dix ans.

Que l'interdiction faite à la Compagnie de se livrer à des opérations ultérieures dans le canton était de nature à éveiller chez S. des inquiétudes et suffisait pour l'autoriser à suspendre tout au moins le paiement de ses primes.

Considérant qu'à teneur de l'art. 14 de la loi fédérale du 25 juin 1885, les polices du 1er septembre 1881 sont encore soumises à la loi cantonale du 27 novembre 1878, et qu'à teneur de cette dernière loi, S. aurait pu conclure à la résiliation de ses contrats pour inexécution à son préjudice des conditions auxquelles elles étaient soumises.

Que si le défendeur n'a pas pris des conclusions positives dans ce sens, il lui est loisible de se mettre simplement au bénéfice de l'art. 95 C. O. et de refuser tout paie-

ment tant que la Compagnie n'aura pas accompli ses propres obligations.

---

45. *Darlehensversprechen. Hinfälligkeit durch Concurs des Darlehennehmers. Art. 96 O. R.*

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts v. 4. Jan. 1887 i. S. Masse A. c. J. K.

Auf einer vom Gemeinderath T. genehmigten sog. Pfandcopie auf die Liegenschaft des A. mit der Schatzung von Fr. 30,000 hat J. K. bescheinigt, „dass er auf die Unterpfande gegen einen gesetzlichen Pfandbrief ohne Vorgang Fr. 10,700 und gegen einen Versicherungsbrief mit (diesen) Fr. 10,700 Vorgang weitere Fr. 19,700 leihe.“ Der Gemeinderath T. hat hierauf beide Pfandtitel gefertigt. Nachher erhoben sich Anstände, indem J. K. behauptete, der Pfanddebitor A. habe ihm noch Bürgen für diese Titel zu stellen versprochen, und aus den Pfandtiteln sei zunächst das bisher auf dem Unterpfand versicherte Vorsatzcapital von Fr. 10,000 abzulösen und seine (des J. K.) eigene Bauaccordforderung von Fr. 20,000 zu tilgen. Vor Erledigung dieser Anstände fiel A. in Concurs. Die Concursgläubiger klagten nun gegen J. K. auf Baareinzahlung der von ihm auf der Pfandcopie des A. zugesicherten zwei Pfandtitelbeträge von Fr. 10,700 und Fr. 19,700 in die Concursmasse gegen Aushingabe der zwei Pfandtitel. Das Cantonsgericht hat die Klage abgewiesen.

Motive: Die Concursmasse des A. könnte die Erfüllung des dem A. vor seinem Concurs gemachten Darleihenversprechens in baar nur verlangen, wenn sie vollständig in die Pflichten des Darleihschuldners eintreten wollte, also nicht blos die Liegenschaft des K. zu Pfand geben, sondern auch die Rückzahlung nicht nur zusichern, sondern auch sicherstellen würde. Die blosse Verweisung des Beklagten J. K. als Darleiher an das Unterpfand laut Pfandcopie entspricht dieser Verpflichtung nicht, weil der Pfandschuldner A. darüber hinaus sich persönlich zur Rückzahlung hätte verpflichten müssen, wozu sich dessen Concursgläubiger, die heutigen Kläger, nicht verpflichten wollen und wofür sie auch keine Sicherheit anbieten.

Das St. Gallische Hypothekarrecht enthält keine Bestimmung, welche den eben erörterten allgemein gültigen, auch im Art. 96 O. R. niedergelegten Rechtsgrundsätzen über die rechtliche Wirkung des Concurseintrittes vor Erfüllung

eines zweiseitigen Vertrages widersprechen würde, weshalb die Berufung der Kläger auf Art. 337 O. R. nicht stichhaltig erscheint. Aber auch nach cantonalem Rechte wären die Kläger abzuweisen, weil die offenbar in Aussicht genommene und in der Natur der Verhältnisse gelegene Verrechnung der versprochenen Darleihenssumme mit der wirklich bestandenen Bauschuld nach St. Gallischem Hypothekarrecht wohl statthaft ist und einer solchen Verrechnung auch der in der Pfandcopie enthaltene Ausdruck: der Unterzeichnete „leiht" nicht entgegensteht.

---

46. *Aufforderung zur Vertragserfüllung. Wiefern nöthig bei Conventionalstrafeberedung. Art. 122 u. 179 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Appellationsgerichts v. 22. Dec. 1887 i. S. Pfaff c. Bürgin.

Ein zwischen den Parteien Ende 1883 auf drei Jahre eingegangener Vertrag, dessen § 16 den Satz enthielt, dass „der den Vertrag verletzende Contrahent von dem andern zur Auflösung des Vertrags und zur Bezahlung einer Conventionalstrafe von 10000 Fr. angehalten werden könne," wurde in Folge entstandener Misshelligkeiten von der einen Partei, E. Bürgin, im April 1886 als aufgelöst erklärt. Der andere Contrahent, R. Pfaff, klagte darauf die Conventionalstrafe von Fr. 10000 ein. Die erste Instanz wies aber dieses Begehren ab, weil Kläger durch sein vertragswidriges und den Beklagten discreditierendes Benehmen selber den Vertrag gebrochen und Beklagter keinen vertragswidrigen Schritt gethan habe, als er diesen Vertragsbruch constatierte und durch die Auflösung des Vertrags sein Einverständniss damit documentierte. Der Kläger appellierte und machte namentlich auch geltend, dass selbst bei Annahme einer vertragswidrigen Handlungsweise des Klägers doch der Beklagte nicht den Vertrag einseitig hätte aufheben dürfen, sondern nach Art. 122 O. R. dem Kläger eine angemessene Frist zur Erfüllung des Vertrags hätte ansetzen sollen. Das Appellationsgericht bestätigte jedoch unter Rückweisung dieser Ansicht das erstinstanzliche Urtheil.

Motive: Bei einem Vertragsbruche, welcher, wie das hier der Fall ist, an sich schon eine eigentliche faktische Auflösung des Vertrags involviert, kann Art. 122 O. R. überhaupt keine Anwendung finden, wie denn die Kläger ihrerseits den in Art. 122 vorgeschriebenen Weg dem Beklagten gegenüber auch nicht eingeschlagen haben. Dazu kommt, dass wenn

für den Fall der Nichterfüllung eines Vertrags eine Conventionalstrafe stipuliert worden ist, derjenige Theil, welchem gegenüber der Vertrag verletzt wird, nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe fordern darf, ohne vorerst den andern Theil zur nachträglichen Erfüllung mahnen zu müssen. Diese schon in Art. 179 O. R. enthaltene Vorschrift hat im vorliegenden Fall noch überdiess in § 16 des zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrages ihren Ausdruck gefunden, welcher bestimmt, dass der den Vertrag verletzende Theil von dem andern Contrahenten ohne Weiteres zur Auflösung des Vertrags und zur Bezahlung der Conventionalstrafe angehalten werden könne.

---

47. *Compensation. Stricte Interpretation des Art. 137 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 16. November 1886.

X. überliess, nachdem ihm am 12. März 1885 die Aufrechnung gezogen worden war, abtretungsweise im Wege freiwilligen Uebereinkommens seine Activen behufs aussergerichtlicher Liquidation seinen Gläubigern. Unter den Activen war eine Forderung von Fr. 708.60 für Waarenlieferungen an Frau A. L., welche aber gegenüber der gerichtlichen Einklagung dieser Forderung Compensation mit einer Gegenforderung geltend machte, die sie am 10. März 1885 von einem Gläubiger des X. durch Cession erworben habe. Die Klägerschaft wollte diese Abtretung, weil in fraudem creditorum erfolgt, als unwirksam erklärt wissen, sie wurde aber mit ihrer Klage abgewiesen. Nachdem das Urtheil ausgeführt hat, dass die Voraussetzungen der actio Paulliana nicht vorliegen, weil es sich um kein vom Gemeinschuldner abgeschlossenes Geschäft handle (ein Punct, der das Bundescivilrecht nicht berührt, daher hier übergangen wird), fährt es fort:

Es bleibt noch die Bestimmung des Art. 137 O. R., gemäss welcher nach freiem richterlichem Ermessen die Verrechnung angefochten werden kann, wenn ein Schuldner des in Concurs Gerathenen vor der Concurseröffnung, aber in Kenntniss von der Zahlungsunfähigkeit seines Gläubigers, eine Forderung an denselben erworben hat, um sich oder einem Andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Abgesehen nun aber davon, ob die hier geforderte subjective Voraussetzung auf Seite der Beklagten zutreffe, muss die Anwendung jener Bestimmung schon an dem objectiven Umstande scheitern, dass X. gemäss

dem beidseitigen Anbringen der Parteien gar nicht in Concurs gerathen ist. Die fragliche Bestimmung setzt aber das ausdrücklich voraus, und es darf von diesem Erforderniss um so weniger abgesehen werden, als die Bestimmung ohnehin als singuläres Recht sich darstellt und daher nicht ausdehnend interpretiert werden darf.

---

48. *Cession. Die Nachwährschaftspflicht des Cedenten einer Forderung erstreckt sich auch auf die mit derselben verbundenen Vorzugs- und Nebenrechte. Art. 192 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 1. Novbr. 1887 i. S. Schneebeli c. Hiestand.

Motive: Der Klaganspruch stellt sich als ein Nachwährschaftsanspruch des Erwerbers einer Forderung gegenüber der Cedentin dar. Derselbe wird indessen nicht auf die Behauptung gestützt, dass die abgetretene Forderung selbst nicht bestanden habe, sondern darauf, dass ein dem Kläger mit dieser übertragenes Mobiliarpfandrecht laut freiwilliger Pfandverschreibung zur Zeit der Abtretung bereits untergegangen gewesen sei, und es muss nun zunächst entgegen der heutigen Bestreitung der Beklagten anerkannt werden, dass der Cedent einer Forderung im Allgemeinen nicht nur für den Bestand dieser zur Zeit der Abtretung, sondern auch für den Bestand der damit verbundenen und nach Art. 190 O. R. ipso jure mit ihr übergehenden Vorzugs- und Nebenrechte im genannten Zeitpunct einzustehen hat. Es brauchte dieser Satz in dem Art. 192 O. R., der die Haftpflicht des Cedenten für den Bestand der Forderung zur Zeit der Abtretung festsetzt, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden, weil er sich einfach als nothwendige Consequenz des allgemein und auch im O. R. anerkannten Grundsatzes darstellt, dass wie alle Nebensachen dem Schicksal der Hauptsache folgen, so auch die accessorischen Rechte das Schicksal des principalen Rechtes theilen, denn daraus folgt gewiss, dass die Haftpflicht für den Bestand des letztern auch zugleich die Haftpflicht für den Bestand der erstern in sich schliesst, soweit dieselben bei der Abtretung überhaupt als bestehend angesehen worden sind. Dies gilt in concreto um so mehr, als in der Abtretung vom 4. April 1886 des Pfandrechtes laut Pfandverschreibung ausdrücklich Erwähnung geschieht und gesagt ist, es werde die Forderung mit allen Rechten abgetreten (vgl. auch Hafner, Commentar zum O. R. Art. 192, Anm. 2).

---

49. *Uebergang des Eigenthums an Mobilien. Erforderniss der Besitzübergabe. Art. 199, 200 O. R*

St. Gallen. Entscheid der Recurscommission des Cantonsgerichtes vom 18. Juli 1887.

A. St. überliess laut Vertrag vom 7. Juli 1886 dem F. Sch. sämmtlichen diesjährigen Gras-, resp. Heuertrag. F. Sch. verpflichtete sich dagegen, die mit Mai und Martini 1886 verfallenen und fällig werdenden Zinse abzuführen und 500 Franken bei Entgegennahme dieses Vertrages zu berichtigen. Nach F. Sch.'s Behauptung ist alsdann in seinem Auftrag genanntes Gras durch A. St. gemäht, gedörrt und in A. St.'s Scheune eingeheimst worden. Am 26. October 1886 fand bei A. St. schuldentriebrechtliche Schatzung statt für dessen Gläubiger G. R., und es wurden nach Art. 48 Abs. 1 Schuldentriebgesetz auf Recht hin in Schatzung genommen 45 Kilocentner Futter, von welchen A. St. behauptete, dass sie an F. Sch. verkauft und dessen Eigenthum seien. Dieses Futter befand sich laut Schatzungsschein „in der Scheune des A. „St. als Theil eines Futterstockes, ohne irgend welche An„zeichnung, aus welcher hätte geschlossen werden können, „dass derselbe nicht Eigenthum des A. St. gewesen wäre." Auf Anzeige vom Amt, dass sein angeblich erkauftes Futter bei A. St. für G. R. auf Recht hin in Schatzung genommen worden sei, protestirte F. Sch. gegen die Schatzung unter Wahrung seiner Eigenthumsrechte an diesem Futter laut Kauf vom 7. Juli 1886, „indem er sich nicht verpflichtet finde, das „Futter wegzunehmen, bis es gehörig ausgeschwitzt habe." Nun klagte G. R. gegen F. Sch. auf Anerkennung der Schatzung und siegte vor Bezirksgericht ob.

F. Sch. verlangte Nichtigerklärung dieses Urtheils wegen Verletzung der Art. 199, 200 O. R., indem sich diese nur auf bewegliche Sachen beziehen, während das in Schatzung genommene Futter vor der Einheimsung als stehendes Gras, also als unbewegliche Sache gekauft worden sei. Beim nachherigen Abmähen und Einsammeln in die Scheune des A. St. sei das Gras allerdings zur beweglichen Sache, aber F. Sch. seines einmal rechtsgültig erworbenen Eigenthums an demselben nicht verlustig geworden, sondern zur Zeit der Schatzung am 26. October 1886 noch Eigenthümer des Futters gewesen. — Die Recurscommission wies die Nichtigkeitsbeschwerde ab.

Motive: Selbst angenommen, das am 26. October 1886 in der Scheune des A. St. in Schatzung genommene Futter sei am 7. Juli 1886 noch nicht gemäht gewesen und habe

als Theil der Liegenschaft, also als unbewegliche Sache ohne Besitzesübergabe rechtsgültig verkauft und ins Eigenthum des Käufers übertragen werden können, so hat es doch mit dem Mähen und Einheimsen die Rechtsnatur einer beweglichen Sache angenommen, und es hätte die, wenn auch erst mit der Einheimsung möglich gewordene Besitzesübergabe, sei es von Hand zu Hand oder durch Uebertragung solcher Mittel an den Erwerber, welche diesem die ausschliessliche Verfügung über die Sache gewähren (Art. 200 O. R.), nachträglich vorgenommen werden sollen. Die Rechtsauffassung des Recurrenten, dass die gesetzlichen Vorschriften über die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen (Art. 199—228 O. R.) keine Anwendung finden auf solche Vorräthe von eingeheimstem Futterertrag, also wohl auch von gefälltem, abgeführtem, zersägtem und zerscheitetem oder behauenem Holz, welche schon vor der Einheimsung beziehungsweise Fällung als stehendes Futter und stehendes Holz verkauft worden waren, ist unhaltbar. Diese Rechtsauffassung würde zu der grössten Rechtsunsicherheit im Verkehr mit beweglichen Sachen und zur täglichen Umgehung der gesetzlichen Vorschriften über diesen Verkehr führen.

---

50. *Vente. Défaut de vérification de la quantité de la marchandise. Faute de l'acheteur.*

Vaud. **Arrêt du Tribunal cantonal du 7 septembre 1887 dans la cause Wulliamoz c. Bastian.**

F. L. Bastian a vendu à Wulliamoz, en mai 1886, une certaine quantité de bois de chêne à raison de 3 cent. la ligne. En livrant ce bois à l'acheteur, à Vevey, le vendeur lui a remis une note du mesurage qu'il venait de faire de la surface du bois vendu, cette surface étant de 746 pieds 41 pouces carrés.

Wulliamoz a cru, par erreur, que ce mesurage était complet et définitif et qu'il recevait effectivement 746 pieds 41 pouces carrés de bois, à raison d'un pouce d'épaisseur, alors que le dit mesurage devait être complété en tenant compte des différences d'épaisseur de chaque pièce composant le lot vendu.

Sans opérer de vérification et sans formuler aucune observation, Wulliamoz a aussitôt revendu le bois à un tiers, en prenant pour base de son marché la quantité de 746 pieds 41 pouces carrés.

Dans la suite, Bastian, en se fondant sur un calcul exact,

a réclamé à Wulliamoz la somme de 398 fr. 31 cent., sous déduction de 214 fr. déjà reçus à compte; Wulliamoz, de son côté, a estimé ne devoir au total que 223 fr. 92 cent.

Le Président du Tribunal du District d'Oron a admis les conclusions du demandeur, en mettant toutefois les deux tiers des frais à sa charge.

Ensuite de recours, le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant que, des faits définitivement acquis au procès, ensuite de preuves testimoniales, il résulte que Bastian a fourni à Wulliamoz, à Vevey, un papier qui n'indiquait que la surface du bois vendu.

Qu'il n'est pas établi que ce document, non produit aux débats, ait contenu le calcul définitif et complet du bois, et qu'en particulier l'élément de l'épaisseur des pièces de bois n'était pas constant pour chacune de ces pièces.

Qu'il appartenait à Wulliamoz de vérifier, avant d'en prendre livraison, les quantités de la marchandise qu'il recevait.

Qu'il a eu tort de ne pas procéder à cette vérification et de prendre pour une facture complète et définitive des indications incomplètes de surface, insuffisantes pour déterminer le cube.

Que l'erreur dans laquelle il est tombé lui est avant tout imputable et ne saurait empêcher Bastian d'établir son compte d'une manière exacte aujourd'hui.

Que le dommage dont se plaint le recourant n'est pas établi et n'a pas fait l'objet de l'instruction.

Que, d'autre part, c'est à bon droit que Bastian a été chargé des deux tiers des dépens du litige, puisqu'il n'a fourni son compte juste qu'en cours du procès actuel.

---

51. *Vente de titres. Action en restitution du prix. Art. 243 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 1 déc. 1887 d. l. c. Galopin frères et Cie c. Agence financière.

En juillet 1886, un employé de l'Agence financière s'est présenté chez Galopin frères et Cie pour demander à quel prix ils achetaient les banknotes anglaises. Ce prix lui fut indiqué; il remit alors 7 titres de 50 livres chacun, en en réclamant la valeur qui fut livrée en 8816 fr. 50 cts. Galopin frères et Cie expédièrent ces mêmes banknotes, ainsi que cela a été établi par les enquêtes, sous pli chargé et le même

jour à leur correspondant de Londres. Celui-ci les transmit à la Banque d'Angleterre, laquelle les déclara fausses, en imprimant le mot „forged" aux angles desdits titres. Galopin Fr. et C. furent avertis télégraphiquement de cette nouvelle et ils la communiquèrent sans délai à l'Agence financière. Celle-ci refusa d'opérer le remboursement de la somme touchée de Galopin F. et C. pour ces titres, mais elle y fut condamnée par le Tribunal de commerce,

Attendu que l'opération intervenue entre les demandeurs et l'Agence financière ne peut être considérée que comme une vente ou un échange,

Vu les art. 243 et 272 C. O.;

Attendu que le vendeur est tenu de garantir l'acheteur à raison des qualités promises et des défauts qui enlèvent à la chose vendue sa valeur, alors même qu'il ignorait ces défauts.

Attendu que c'est précisément le cas en l'espèce.

---

52. *Pacht. Konkurs des Pächters. Art. 315 und 312 Abs. 3 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichtes vom 25. Januar 1888 i. S. der Ersparnisskasse der Stadt Luzern c. Concursmasse Egli.

Johannes Egli hatte am 9. October 1885 von der Ersparnisscasse der Stadt Luzern einen Theil des Schlossgutes Klingenberg gepachtet. Am 20./25. September 1886 hoben die Contrahenten den Pachtvertrag auf und am 5./16. October 1886 gerieth Egli in Concurs. Die Concursmasse focht die Aufhebung des Pachtvertrages vom 20. September 1886 und die darauf gestützte Aufrechnung vom 25. September und 6. October 1886 als ungültig an und es wurde ihrem Begehren gemäss durch obergerichtliches Urtheil vom 2. Juli 1887 erkannt. Nun handelte es sich um die Ausrechnung zwischen der Verpächterin und der Concursmasse Egli als Rechtsnachfolgerin des Pächters. Unter anderen streitigen Posten forderte die Verpächterin Fr. 2300 als Pachtzins vom 1. März 1886 bis 1. März 1887. Hievon erkannte die Masse E. nur die Hälfte mit Fr. 1150 an, weil das Pachtverhältniss nur wenige Tage länger als bis zum 1. October 1886 gedauert habe und der Pachtzins für ein halbes Jahr vom 1. October 1885 an zugegebener Massen bezahlt sei. Die erste Instanz trat der letzteren Ansicht bei, da der Pachtzins nur für so lange gefordert werden könne, als der Pacht gedauert habe, und der Umstand, dass der Kridar den ganzen Sommernutzen

habe einsammeln und verwerthen können, unter dem Titel der Schädigung zu berücksichtigen sei. — Das Obergericht gelangte dagegen zur Gutheissung der ganzen Pachtzinsforderung.

Motive: Die Appellantin beschwert sich darüber, dass nur der Pachtzins für ein halbes Jahr gutgeheissen worden sei, während sie berechtigt sei, den Zins für ein ganzes Jahr zu beanspruchen, da nach § 13 des Pachtvertrages der Pacht nur je auf 1. März aufgehoben werden könne. Es sei auch beim Concursausbruch im October die zweite Hälfte des Pachtjahres bereits angetreten gewesen. Die Appellatin macht dagegen geltend, dass auf Betreiben der Appellantin der Pacht bereits im September thatsächlich aufgehoben worden sei, dass nach Art. 315 O. R. der Pacht mit der Eröffnung des Concurses auf den Pächter aufgelöst werde und dass der Appellatin für die vertragswidrig vorzeitige Aufhebung des Pachtvertrages eine Entschädigung von Fr. 2300 zuerkannt worden sei. Das Obergericht zieht in Betracht, dass nach dem Pachtvertrag der Pacht jeweilen nur auf 1. März gekündet werden konnte, und hält dafür, dass wenn auch während der Dauer des Pachtjahres der Vertrag aufgehoben wird, doch der Pachtzins für das ganze Jahr, Fr. 2300, zu zahlen ist. Die bereits abgelaufene Zeit des Pachtjahres ist auch die, in welcher wesentlich die Nutzungen bezogen werden konnten. Es geht nicht an, die Appellantin auf den sog. Ursatz, die Entschädigung von Fr. 2300 zu verweisen, denn einmal bezieht sich diese auf die vorzeitige Aufhebung vor 1890 im Allgemeinen und dann hat die Entschädigungsforderung kein Vorzugsrecht im Concurs, während für die Pachtzinsforderung von Fr. 2300 ein Retentionsrecht besteht. Es sagt auch Art. 312 Abs. 3 O. R., dass bei einer Auflösung des Pachtverhältnisses dem Pächter die auf die Erzeugung der noch nicht eingesammelten Früchte gemachten Verwendungen unter Verrechnung des laufenden Pachtzinses zu vergüten seien, und hieraus kann geschlossen werden, dass der Pachtzins noch weiter laufen kann, auch wenn das Pachtverhältniss aufgehoben ist.

---

53. *Procura. Umfang der Procura bezüglich Ertheilung von Auftrag zu Liegenschaftsveräusserung. Art. 423 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 18. November 1887 i. S. Horlacher c. Zehnder.

A. Horlacher behauptet, von J. Zehnder, Inhaber eines

Baugeschäfts unter der Firma J. Zehnder-Frey, beauftragt worden zu sein, ihm einen Käufer für eine Liegenschaft gegen eine Provision von ½% des Kaufpreises zu suchen, und nach der Entfernung Zehnders von Basel die Erneuerung dieses Auftrags von dem im Handelsregister eingetragenen Procuristen des unter gleicher Firma fortdauernden Geschäfts erhalten zu haben. Es ist ihm gelungen, diese Liegenschaft für Fr. 71,000 zu verkaufen, und er verlangte daher die Provision von Fr. 355. Der Procurist machte ihm eine Acontozahlung von Fr. 55 und schrieb selber auf die Rechnung des Horlacher im Betrag von Fr. 355 die Worte: „Fr. 55 à conto obiger Rechnung erhalten, Rest Fr. 300, für welche bescheint", unter welche Worte Horlacher seine Unterschrift setzte. Als letzterer diesen Rest von Fr. 300 später einforderte, verweigerte der dem landesabwesenden Zehnder gesetzte Curator die Bezahlung, bestreitend, dass Zehnder überhaupt einen solchen Auftrag ertheilt habe und dass ein allfälliger Auftrag des Procuristen für Zehnder verbindlich sei, indem bloss er, der Curator, die Vermögensrechte des Zehnder zu wahren habe, nicht der Procurist, welcher einzig das Baugeschäft für Rechnung der Familie des Vermissten zu führen habe. Auf erhobene Klage sprach das Gericht dem Horlacher die eingeklagten Fr. 300 zu.

Motive: In der Quittung über die Fr. 55, welche der Procurist selbst als eine à Conto-Quittung verfasste und mit der Unterschrift des Klägers versehen anstandslos annahm, liegt eine unzweideutige Anerkennung des klägerischen Anspruchs Seitens des Procuristen; es fragt sich somit lediglich, ob der Procurist der Firma des Beklagten zu einem solchen Auftrag resp. einer Anerkennung desselben berechtigt war oder nicht. Gemäss Art. 423 O. R. nun ist ein Procurist gutgläubigen Dritten gegenüber berechtigt, im Namen des Principals alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, welche der Zweck des Geschäfts des Principals mit sich bringen kann; ausgenommen hievon ist nur die Veräusserung und Belastung von Liegenschaften, für welche das Gesetz eine besondere Ermächtigung verlangt. Der vom Procuristen eines Baugeschäfts ertheilte Auftrag, resp. die Anerkennung eines solchen und der daraus fliessenden Verpflichtungen, ist nun zweifelsohne eine Rechtshandlung, welche im vorliegenden Falle der Zweck des Geschäftes des Principals nicht nur mit sich bringen kann, sondern auch regelmässig mit sich bringt, und zwar ohne dass sie unter die in Art. 423 Abs. 2 O. R. aufgestellte Ausnahme zu subsumieren wäre, denn es liegt

darin noch keineswegs eine Veräusserung der betreffenden Liegenschaft selbst, diese läge erst dann vor, wenn der Procurist, anstatt nur den Auftrag zum Suchen eines Käufers zu ertheilen, den vom Courtier vermittelten Verkauf auch definitiv abgeschlossen hätte. Dies ist aber hier nicht der Fall und der Procurist hat demnach innerhalb der gesetzlichen Grenzen seiner Handlungsbefugniss gehandelt.

---

54. *Cautionnement illimité ou à terme? Art. 502 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de justice de paix du 4 déc. 1887 d. l. c. Salm c. Renaud.

Salm a loué à Bastel une machine à coudre. Au dos de l'acte sous seing privé portant location de la machine Renaud a déclaré „se porter caution de ladite machine à coudre dont le détail est contenu dans le présent engagement." Bastel n'ayant pu payer le solde du prix de location, Salm a assigné Renaud par devant le tribunal de justice de paix en paiement de la somme de fr. 103 pour solde du prix de location. Renaud a soutenu que Salm n'ayant pas retiré la machine à coudre, comme il en avait le droit selon les conditions énumérées dans l'acte, dès qu'un terme mensuel fut resté impayé, et n'ayant pas poursuivi la caution dans les quatre semaines dès le premier retard, conformément à l'art. 502 C. O., est déchu de tous droits contre lui. Le Tribunal a déclaré fondée la demande de Salm.

Motifs: Attendu que le cautionnement donné par le défendeur est pur et simple; qu'il est sans réserve;

Qu'il a, par conséquent, garanti le paiement de tous les termes du loyer de la machine en question;

Que, dès lors, pas plus que le débiteur principal lui-même, il ne s'est engagé pour un temps déterminé, et que Salm n'avait pas à le poursuivre dans un délai de quatre semaines, comme le prévoit l'art. 502 C. O.;

Qu'en effet, l'obligation pour le locataire de payer par termes mensuels, et la faculté pour le créancier de rompre la location en retirant la machine, étaient stipulées uniquement dans l'intérêt du demandeur, sans que le débiteur principal et la caution, qui ne mesure pas plus de droits que lui, puissent s'en prévaloir;

Attendu, dans ces circonstances, que la seule manière pour Renaud de se dégager, était, après chaque terme échu, ou même après l'échéance du dernier terme mensuel, d'exiger

de Salm qu'il commençât des poursuites contre Bastel, conformément à l'art. 503 C. O., ce qu'il n'a pas fait.

---

55. *Bürgschaft. Zeitliche Anwendung des Obligationenrechts. Art. 510 und 882 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 11. December 1886.

Am 10. Nov. 1881 verkaufte Joseph S. dem Melchior Sch. eine Gült von 1000 Fr. auf der Liegenschaft des X. haftend. Für die Währschaftspflicht des Verkäufers verbürgte sich Johann W. Im Jahre 1883 geriethen sowohl Jos. S. als der Gültschuldner X. in Concurs; Melchior Sch. meldete seine Ansprache in beiden Concursen an, gerieth aber damit vollständig in Verlust. Der Bürge Johann W., auf Ersatz belangt, wendete ein, der Kläger habe durch Unterlassung der Nachladung des Bürgen in den Concursen gemäss § 5 des Concursges.[1]) das Rückgriffsrecht verloren; der diesem § derogierende Art. 510 O. R. komme nicht zur Anwendung, weil die Eingehung der Bürgschaft noch unter der Herrschaft des alten Rechts stattgefunden habe, und es sich überdies um eine grundversicherte Forderung handle, die dem cantonalen Rechte unterworfen sei.

Das Obergericht erkannte in Gutheissung der Klage auf die Haftbarkeit des beklagten Bürgen. Bezüglich der letztern Einrede heben die Motive hervor, dass es sich nicht um eine grundversicherte Forderung handle, sondern um eine Bürgschaftsforderung, und zwar nicht einmal für eine grundversicherte Ansprache, sondern für den rein obligatorischen Anspruch des Klägers gegenüber dem Gültabtreter auf Gewährleistung für die abgetretene Gült. Dass ferner in Rücksicht auf die Bürgschaft § 5 C. G. durch Art. 510 O. R. aufgehoben sei, könne nicht zweifelhaft sein, und auch die Erwägung, dass es sich bei § 5 um eine Vorschrift des (cantonalen) Concursrechtes handle, sei bedeutungslos, da nach Art. 64 B. V. der Bund die Gesetzgebung auch über das

---

[1]) § 5 Conc.-Ges. v. 31. März 1849: Hat Jemand für seine liegende oder fahrende Ansprache einen oder mehrere Bürgen, ... so ist er gehalten, einen jeden solchen, den er der an Concurs gerathenen Ansprache wegen belangen zu können glaubt, rechtlich mit an den Concurs zu laden . . . . . (falls dies unterbleibt), so erlöscht gegen diesen das Recht der Klage für allfällige Bürgschaft.

Concursrecht habe. Aber auch die zeitliche Anwendbarkeit des O. R. stehe ausser Frage, denn:

Der leitende Grundgedanke des hier zunächst in Betracht fallenden Art. 882 O. R. liegt zweifellos darin, dass Rechtsverhältnisse, welche unter der Herrschaft des alten Rechts ihre Entstehung und sofortige Ausgestaltung gefunden haben, insoweit letzteres der Fall ist, durch das neue Recht nicht mehr beeinflusst werden sollen, und dass daher insbesondere auch ein Rechtsvortheil, auf welchen demgemäss ein Theil nach dem alten Rechte Anspruch hat, demselben durch eine entgegenstehende Bestimmung des neuen Rechts nicht mehr benommen werden dürfe. Demnach ist zu fragen, ob der Beklagte bei Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung v. J. 1881 ein festes Recht darauf erworben habe, im Fall des Concurses über den Hauptschuldner vom Gläubiger nachgeladen zu werden, und zwar mit der Wirkung, dass in dem Unterlassungsfalle die Bürgschaftsverpflichtung erlöschen würde. Das ist zu verneinen. Die Vorschrift des § 5 Conc. Ges. ist eine Bestimmung des Concursverfahrens und nicht ein Satz des Bürgschaftsrechts. Dann aber ist klar, dass der Beklagte im Voraus einen Anspruch auf den ihm von daher zugesicherten Rechtsvortheil nicht erworben hat, sondern — wie dies hinsichtlich des processualischen Rechts überhaupt gilt — jeweilen das beim Concursausbruch geltende Recht, sei es für den betreffenden Theil dann vortheilhafter oder nachtheiliger als das vormals bestandene Recht, sofort durchgreift und zur Anwendung gelangen muss (vgl. Pfaff und Hoffmann, Commentar zum österreich. allg. b. G. B. I 164). Man muss daher sagen, dass in diesem Sinne nicht die Eingehung der Bürgschaft, sondern der Ausbruch des Concurses für das vorliegende Rechtsverhältniss die entscheidende Thatsache bilde und sonach Art. 510 O. R. massgebend sei. Dass im Sinne dieses Art. 510 dem Bürgen aus der Unterlassung des Gläubigers, ihn von dem Concurse über den Hauptschuldner zu „benachrichtigen", ein Schaden entstanden sei, ist vom Beklagten nicht behauptet worden.

---

56. *Eigenthumserwerb durch eine Firma. Art. 559 u. 597 O. R. Einfluss des bösen Glaubens eines Gesellschafters. Art. 205 u. 207 O. R.*

Zürich. Beschluss der Appellationskammer v. 14. Febr. 1888 i. S. Notariatskanzlei Pfäffikon u. Cons. c. Wirz und Cie.

Im Konkurse über die Firma S. und N. wurde von W.

und Cie eine Anzahl von Maschinen und Maschinenzubehörden zu Eigenthum angesprochen. Es steht fest, dass die streitigen Objekte wenigstens bis zum Jahre 1873 der Firma W. und Cie gehört haben, und dass J. M. S., der Vater des J. F. S., des einen Antheilhabers an der in Konkurs gerathenen Firma, Antheilhaber der Firma W. und Cie gewesen ist. Im Jahr 1873 soll nach den Angaben der Ansprecher eine Ausscheidung zu Stande gekommen sein, wonach W. und Cie Waaren, Maschinen und Guthaben des Geschäftsbetriebes in H., J. M. S. die Liegenschaften daselbst übernehmen sollten. Die Maschinen sollen dem J. M. S. pachtweise zur Benutzung übergeben worden sein. Aus den Akten ergibt sich, dass J. M. S. am 11. April 1874 den Pachtzins von Fr. 750 jährlich seit dem 30. Sept. 1872 schuldete, und dass noch in den Jahren 1883/84 Unterhandlungen zwischen W. und Cie und J. M. S. betreffend die Uebernahme der Maschinen durch Letztern stattgefunden haben. Mittelst notarialisch beglaubigter Schenkungsurkunde vom 6. Dec. 1884 übertrug J. M. S. neben andern Gegenständen auch die streitigen Maschinen seinem Sohne J. F. S. zu Eigenthum. Diese Schenkung war nämlich von Letzterm schon mit Urkunde vom 1. Dec. 1884, beglaubigt unterm 14. Januar 1885, angenommen und mit dem Versprechen einer Jahresrente an den Schenkgeber erwidert worden. In der letztgenannten Urkunde ist bemerkt, dass die Schenkung den Zweck habe, dem Beschenkten die Betheiligung mit einem Einlagekapital von Fr. 20,000. — an der zu gründenden Firma S. und N. zu ermöglichen. Der Gesellschaftsvertrag zwischen S. und N. kam dann in der That zu Stande am 8. Dec. 1884, mit notarialischer Beglaubigung vom gleichen Tage. Nach diesem Vertrage legte J. F. S. als Einlagekapital ein die sämmtlichen im Fabrikkomplex befindlichen Gegenstände im Betrage von Fr. 15000.—, worunter unzweifelhaft auch die streitigen Maschinen. N. betheiligte sich mit einer Baareinlage von Fr. 20000. —

Die Eigenthumsansprache wurde vom Konkursrichter geschützt und der gegen dieses Erkenntniss von der Notariatskanzlei als Verwalterin der Konkursmasse S. und N. sowie mehreren Gläubigern erhobene Rekurs abgewiesen.

Motive: 1. Aus den thatsächlichen Auseinandersetzungen ergibt sich, dass die Ansprecher und Rekursgegner einmal Eigenthümer der angesprochenen Gegenstände gewesen sind. Das genügt vorerst zur Begründung ihrer Klage und es ist unrichtig, wenn Rekurrenten behaupten, es liege den Ansprechern der weitere Beweis ob, dass sie auch noch am

8. Dec. 1884 Eigenthümer gewesen; es ist vielmehr Sache der Einsprecher zu beweisen, dass und wann das einmal festgestellte Eigenthum aufgehört habe. Ein solcher Nachweis ist aber nicht erbracht und nicht angetragen.

2. Die Konkursmasse leitet ihr Eigenthum denn auch nicht direkt von den Ansprechern ab, sondern vielmehr von J. F. S., der die streitigen Sachen der Gesellschaft eingebracht und zu Eigenthum übertragen. Die Frage aber, ob ein Eigenthumsübergang in Folge des Vertrages vom 8. Dec. 1884 stattgefunden, ruft vorerst der Frage, ob J. F. S. am 6. Dec. Eigenthum erworben, und das kann, da sein Urheber J. M. S. nicht Eigenthümer war, nur dann angenommen werden, wenn sich J. F. S. damals im guten Glauben bezw. nicht im bösen Glauben befunden hat (Art. 205/207 O. R.). Nun ist J. F. S. der Sohn des Veräusserers, und es ergiebt sich schon aus diesem Umstande, dass von gutem Glauben kaum die Rede sein kann. Dazu kommt seine mündliche Aussage in der Concursverhandlung und sein zu den Acten gelegtes schriftliches Bekenntniss, so dass an dem bösen Glauben des J. F. S. nicht gezweifelt werden darf; die Schenkung und Gegenschenkung vom 1./8. Dec. 1884 zwischen Vater und Sohn war offenbar eine bewusste Machination, um den Mitgesellschafter N. zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages zu bestimmen.

3. Wenn daher J. F. S. nicht Eigenthümer war, so kommt im Weitern zur Sprache, ob man annehmen könne, es habe die Firma in gutem Glauben gestanden und dadurch Eigenthum erworben. Nach dem schweiz. Obligationenrechte ist nämlich die Firma, d. h. die Collectivgesellschaft als Eigenthümerin des Gesellschaftsvermögens, also auch der Einlagen der Gesellschafter zu betrachten, im Gegensatz zu dem frühern cantonalen Recht, das nur Miteigenthum der Gesellschafter angenommen hatte. Es kommt also hier darauf an, inwiefern der böse Glaube des Gesellschafters J. F. S. auf den Erwerb der fraglichen Maschinen durch die Firma von Einfluss gewesen sei.

4. Nach dem Gesellschaftsvertrage hatte J. F. S. als Capitaleinlage die vindicirten Maschinen der Firma zu Eigenthum abzutreten. Wenn man nun einerseits zugeben muss, dass der Act der Abtretung ein Act des Gesellschafters S. war, so war anderseits der Erwerb ein Act der Firma als solcher. Der Erwerb geschah kraft einer einheitlichen Willensäusserung der Firma, mit andern Worten kraft der in ein einheitliches rechtswirksames Wollen der Firma zusam-

menfallenden, in dem Gesellschaftsvertrage niedergelegten Willenserklärungen der Gesellschafter. Die Frage, ob der Firmawillen von mangelhafter, den Eigenthumserwerb ausschliessender Beschaffenheit gewesen sei, löst sich demnach in die Frage auf, ob der Erwerbswille der Gesellschafter ein mangelhafter gewesen. Muss diese Frage auch nur mit Rücksicht auf einen der Gesellschafter bejaht werden, so folgt hieraus mit logischer Consequenz, dass auch der einheitliche Wille der Firma ein mangelhafter war. Im vorliegenden Falle braucht daher nicht weiter untersucht zu werden, ob nach dem Zeugniss des S. auch N. die Verhältnisse genau gekannt habe, es genügt, dass wenigstens der eine Gesellschafter sich in bösem Glauben befand; damit ist der gute Glaube der Firma ausgeschlossen und hat die Firma Eigenthum an den fraglichen Einlagegegenständen nicht erworben.

---

57. *Pflicht des Wechselacceptanten zu Sicherstellung. Tragweite des Art. 748 O. R.*

St Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts v. 7. März 1887 i. S. Eb. c. Eg.

W. Eb. erhielt von seinem Schuldner J. A. Eg. ein Wechselaccept per 1. April 1887. Als ihm aber bei verschiedenen Bankinstituten die Discontierung dieses Wechsels abgeschlagen wurde und er zugleich erfuhr, dass J. A. Eg. von andern Gläubigern für Fr. 3800 betrieben sei, so verlangte er von diesem Sicherheitsleistung, gemäss Art. 101 des Schuldentriebgesetzes, welcher den Gläubigern, die sich über die durch anderweitige Betreibung ihres Schuldners ihnen erwachsene Gefährdung glaubhaft ausweisen, dieses Recht zuspricht. Als J. A. Eg. diesem Begehren nicht entsprach, provocierte W. Eb. die Concurseinleitung gegen ihn. Hiegegen wandte J. A. Eg. ein, gegen Wechselacceptanten könne für ihre Wechselschuld das Verfahren des Art. 101 cit. seit Inkrafttreten des O. R. nicht mehr in Anwendung gebracht werden, es gelte hiefür jetzt lediglich Art. 748 O. R., laut welchem wegen Unsicherheit des Acceptanten auch gegenüber dem Wechselinhaber nur unter den in diesem Artikel aufgeführten Voraussetzungen Sicherheit gefordert werden könne; diese Voraussetzungen lägen aber in casu nicht vor. Das Cantonsgericht erklärte jedoch den Art. 101 Schuldentriebges.

als anwendbar und schützte den W. Eb. bei seinem Concursbegehren gegen J. A. Eg.

Motive: Der Art. 748 O. R. scheint, ganz für sich betrachtet, allerdings die Bestimmung zu enthalten, dass auch dem Wechselacceptanten gegenüber nur unter den in Ziff. 1—3 des Art. 748 aufgeführten Voraussetzungen und nach dem in diesem Artikel vorgesehenen Verfahren und nicht mehr nach Art. 101 im Schuldentriebgesetz auf Sicherheitsleistung hingewirkt werden könne. Prüft man aber den Art. 748 O. R. auf seine Stellung unter und auf seinen Zusammenhang zu allen übrigen Bestimmungen im Titel XXIX O. R. „Der Wechsel", so kommt man zu einem andern Ergebniss. Der Art. 748 steht im VII. Abschnitt vom Wechselrecht über den „Regress auf Sicherstellung". Die Art. 744—747 behandeln den Regress „wegen nicht erhaltener Annahme" und Art. 748 denjenigen „wegen Unsicherheit des Acceptanten". Die Art. 744—748 haben daher nicht eine erschöpfende gesetzliche Umschreibung und Regelung aller wechselmässigen Ansprüche des Wechselinhabers gegenüber dem eigentlichen und Hauptschuldner (Acceptanten) zum Gegenstand und Zweck, sondern die nächste und Hauptaufgabe dieser Artikel ist die Normirung der Regressansprüche, d. h. der subsidiären Ansprüche des Wechselinhabers gegenüber seinen Vormännern (Indossanten, Trassant), die ihm blos als subsidiäre Schuldner aus dem Wechsel haftbar sind, für den Fall, dass der als Hauptwechselschuldner an die Hand gegebene entweder die Annahme verweigert, also gar nicht Wechselschuldner werden will, oder nachdem er acceptirt hat und Wechselschuldner geworden ist, öconomisch unsicher wird. Wenn nun Art. 748 O. R. im Schlussabsatze bestimmt, der Wechselinhaber sei berechtigt in den in Ziff. 2 und 3 genannten Fällen auch vom Acceptanten im Wege der wechselmässigen Execution oder des Wechselprocesses Sicherheitsbestellung beizutreiben oder einzuklagen, so hat das die Bedeutung, dass dem Wechselinhaber die gleichen Ansprüche, die er im Falle der Unsicherheit des Acceptanten gegenüber den Vormännern als seinen subsidiären Wechselschuldnern geltend machen kann, auch gegenüber dem Hauptwechselschuldner, nämlich dem Acceptanten, zustehen sollen; aber keineswegs die Bedeutung, alle übrigen Ansprüche, welche dem Wechselinhaber gegenüber dem Acceptanten als Hauptwechselschuldner nach Massgabe des O. R. oder anderer Gesetzesbestimmungen überhaupt zustehen und welche er gegenüber den Vormännern nicht hat, aufzuheben, und den Wechselinhaber gegenüber dem

Acceptanten auf diejenigen Ansprüche zu beschränken, die er auch gegen seine subsidiären Wechselschuldner auszuüben berechtigt ist. Die im Art. 748 O. R. und im Art. 101 Schuldentriebgesetz aufgestellten Rechtsbehelfe schliessen einander nicht aus; sie bestehen nebeneinander und ergänzen einander. Sie sind in Wirklichkeit nach Entstehung und Zweck verschiedener Natur.

Das im Art. 101 Schuldentriebgesetz gewährte Recht auf Sicherheitsleistung wird jedem Gläubiger für jederlei Forderung, sofern sie unversichert und glaubwürdig ausgewiesen ist, also auch für jede Wechselforderung gewährt, und steht in nothwendigem Zusammenhang mit dem auf Pfändung gerichteten System unserer Schuldbetreibung: es bildet das Correctiv gegen die Härten und Gefährden der schon im Schuldentrieb erhältlichen Concursprivilegien der sogen. „ausgetriebenen Rechte und Schatzungsrechte“ (Art. 74 und 72 b Concursgesetz), durch welche alle später oder gar nicht treibenden unversicherten Gläubiger, also auch die Wechselgläubiger, gleichmässig bedroht sind.

Dieses im System unserer Schuldbetreibung begründete Recht auf Sicherheitsleistung ist nun sicher nicht durch das O. R. den Wechselgläubigern entzogen worden. Das O. R. kann nicht die Absicht gehabt und den Zweck verfolgt haben, die Wechselgläubiger schlechter zu stellen, als die gewöhnlichen Gläubiger, und ihnen denjenigen Schutz zu entziehen, welchen ihnen, nicht in ihrer Eigenschaft als Wechselgläubiger, sondern als Gläubiger überhaupt, wie allen andern Gläubigern, die cantonale Gesetzgebung speciell gegen solche Gefährden bietet, die ihnen aus dem System der cantonalen Schuldbetreibung erwachsen. — Das im Art. 748 O. R. statuirte Recht auf Sicherheitsleistung dagegen steht in keinem Zusammenhang mit dem System der Schuldbetreibung, sondern entspringt aus der Rechtsnatur der zu sichernden Forderung aus einem acceptirten Wechsel. Nur der Wechselgläubiger hat Anspruch auf diese Sicherstellung. Der Art. 748 O. R. bezweckt und bewirkt also eine Besserstellung des Wechselgläubigers gegenüber denjenigen Gläubigern, die ihre Forderungen aus andern Rechtsgeschäften herleiten, und wenn nun diese Besserstellung, welche einzig aus der Rechtsnatur der zu sichernden Forderung als Wechselforderung und aus einer Gesetzesbestimmung rein materiell civilrechtlicher Natur entstammt, an einschränkende Voraussetzungen geknüpft wird, so folgt daraus keineswegs, dass dadurch der nach cantonalrechtlichem Schuldbetreibungssystem allen unversicher-

ten Forderungen, ohne Rücksicht auf ihre Rechtsnatur (Wechsel- oder andere Forderungen), zustehende Anspruch auf Sicherstellung den Wechselforderungen ausnahmsweise entzogen, beziehungsweise an dieselben einschränkenden Voraussetzungen des O. R. geknüpft worden sei, dass also das O. R. mit seiner Besserstellung der Wechselforderungen nach allgemeinem schweizerischem Civilrecht eine Schlechterstellung derselben nach cantonalem Schuldbetreibungs- und Concursrecht tendirt und bewirkt habe.

---

58. *Ehescheidungsklage. Mangelhafte Angabe des Alimentationsanspruchs. B.-Ges. über Civilstand und Ehe v. 24. Dec. 1874, Art. 43.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 14. Januar 1886 i. S. Eheleute v. E.

Frau v. E. machte in ihrer Ehescheidungsklage ohne Angabe irgend eines Betrags Alimentationsansprüche geltend und verlangte Verurtheilung des Beklagten zu einem vom Richter festzusetzenden Betrage. Der Beklagte verweigerte die Einlassung wegen ungenügender Substantiierung der Klage. Das Obergericht gab ihm Recht, theils mit Beziehung auf die Vorschriften der Civilprocessordnung, theils selbst in Rücksicht auf die hinsichtlich des Ehescheidungsprocesses angeblich geltenden besonderen Grundsätze, in Erwägung:

Dass, wenn auch der Art. 43 des B.-Ges. über Civilstand und Ehe erklärt, es habe der Richter über die weiteren Folgen der Ehescheidung in Ermangelung von Parteibegehren von Amtswegen zu entscheiden, doch der Richter in diesem Falle offenbar berechtigt sein muss, von den Parteien die Darlegung derjenigen persönlichen Verhältnisse zu verlangen, welche für die Festsetzung der weiteren Folgen der Ehescheidung massgebend sind; dass aber die Klage Angaben, auf welche hin der Richter die eventuell gestellte Alimentationsforderung festsetzen könnte, nicht enthält, dieselbe somit an einem wesentlichen Mangel leidet.

---

59. ***Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz vom 17. September 1875. Art. 11, 14, 21. St. Gallische Vollzugsverordnung zu demselben vom 11. Juli 1884. Bedeutung von „Hochwild" und „Hochwildjagd" im Gegensatz zu „niederer Jagd".***

St. Gallen. Entscheid der Recurscommission des Cantonsgerichtes vom 20. Februar 1887.

Die Beschwerde über Anwendung des Art. 13 II b anstatt Art. 13 I d beruht auf der rechtsirrthümlichen Annahme, dass unter „Hochwildjagd" die Jagd auf „Hochwild" verstanden sei. Sprachlich genommen kann zwar, wie unter „Bärenjagd" die Jagd auf Bären und unter „Schnepfenjagd" die Jagd auf Schnepfen, so auch unter „Hochwildjagd" die Jagd auf Hochwild verstanden werden, zu welchem die Rehböcke allerdings nicht zu zählen sind. Aber der gesetzliche Begriff der „Hochwildjagd" ist ein anderer. Unter Hochwildjagd (Art. 11—16) versteht das B.-Ges. über Jagd und Vogelschutz im Gegensatz zu niederer Jagd (Art. 8—10) nicht die Jagd auf das Hochwild im eigentlichen Sinn, sondern „die Jagd auf die jagdbaren Thiere des Hochgebirges", und zwar auch auf die nicht als eigentliches Hochwild geltenden, aber im Hochgebirge vorkommenden Hirsche und Rehe (siehe Art. 11 und 14 des B.-Ges.). Vergl. hierüber auch die Botschaft des Bundesrathes vom 26. Mai 1875 zum Entwurf dieses Gesetzes, Bundesblatt 1875, Band III, Seite 23.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VI. Band. 3. Lief.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIe Volume. 3me livr.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band VII.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1888.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

60. *Art. 29 B.-Ges. über Organis. d. Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilsachen. Begriff des Haupturtheils.*

Ein Haupturtheil im Sinne der citirten Gesetzesbestimmung ist nur eine die Hauptsache materiell erledigende Entscheidung, d. h. eine Entscheidung, durch welche über den Klageanspruch selbst geurtheilt wird. Gegen bloss präparatorische oder Zwischenentscheidungen ist eine selbständige Weiterziehung an das Bundesgericht unzulässig, gleichviel ob dieselben nach dem kantonalen Prozessrecht als Urtheile behandelt werden und als solche im kantonalen Instanzenzug mit dem Rechtsmittel der Appellation anfechtbar sind oder ob sie als blosse „Beschlüsse" oder „Bescheide" gelten. Ein kantonales Urtheil, durch welches bloss die vom Beklagten aufgeworfene Einrede der Verjährung verworfen, über die Begründetheit des Klageanspruchs selbst dagegen nicht entschieden, sondern dieser Entscheid vorbehalten wird, kann daher nicht selbständig, sondern erst mit dem Endurtheil an das Bundesgericht weiter gezogen werden. (Entsch. vom 28. Januar 1888 i. S. Zeerleder c. Bielmann.)[1]

---

61. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilsachen; Miethstreitigkeiten, Werth des Streitgegenstandes. Widerklage, keine Werthzusammenrechnung.*

C. hatte von der Gemeinde T. eine Alp auf 12 Jahre um den jährlichen Pachtzins von Fr. 670 gepachtet. Der Pachtvertrag enthielt jedoch die Bestimmung, dass jede Partei von 3 zu 3 Jahren die Pacht kündigen und dadurch beendigen könne. Vor Antritt der Pacht entstand unter den Par-

---

[1] Vgl. diese Revue, V Nr. 1.

teien Streit, ob der Vertrag nicht im gemeinsamen Einverständniss wieder aufgehoben worden sei, wodurch die Gemeinde T. veranlasst wurde, gegen C. mit dem Klagebegehren aufzutreten: „es sei zu erkennen, dass der Vertrag mit allen seinen Bestimmungen dem C. gegenüber in aller Kraft fortbestehe.“ C. verlangte Abweisung der Klage und stellte eventuell, nämlich für den Fall der Gutheissung des Klagebegehrens, eine Widerklage, worin er von der Gemeinde T. Fr. 3000 Schadensersatz unter der Begründung verlangte, dass dieselbe ihn durch ihr Benehmen (aus welchem C. in erster Linie die Zustimmung der Gemeinde T. zu seinem Antrage auf Aufhebung des Vertrages hergeleitet hatte) verhindert habe, rechtzeitig für die Einstellung einer genügenden Anzahl Weidevieh auf die gepachtete Alp zu sorgen. Das kantonale Gericht hatte die Klage abgewiesen und war demnach auf die Widerklage nicht eingetreten. Die Gemeinde T. zog das Urtheil an das Bundesgericht; allein dasselbe erklärte sich incompetent. Gründe: 1. Die Klage ist eine Feststellungsklage; denn streitig ist die Existenz des Pachtvertrages, nicht ein einzelner Anspruch aus demselben. Nun hat das B.-Gericht sich schon früher dahin ausgesprochen,[1]) dass bei Fragen des rechtlichen Bestandes eines Mieth- oder Pachtverhältnisses als Werth des Streitgegenstandes höchstens der Gesammtbetrag der Mieth- oder Pachtzinse anzusehen sei, welche auf die Zeit, für welche das Bestehen des Verhältnisses streitig ist, fallen. Nun ist der Pachtvertrag zwar auf 12 Jahre abgeschlossen; allein zugestandenermassen steht jeder Partei das Recht zu, den Vertrag von 3 zu 3 Jahren zu künden und dadurch zu beendigen. Jede Partei ist also nur für 3 Jahre an den Vertrag gebunden und kann sich mit Ablauf dieser Zeit durch Kündigung von der eingegangenen Verpflichtung befreien. Daraus folgt, dass der Werth des Streitgegenstandes nicht mehr betragen kann, als der Betrag des dreijährigen Pachtzinses, somit höchstens Fr. 2010. 2. Dagegen wäre das B.-Gericht zur Beurtheilung der Widerklage zuständig; allein dieser Umstand kann die Zuständigkeit für die Klage nicht begründen. Denn eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet niemals statt und die Voraussetzung, unter welcher die Competenz des B.-Gerichtes zur Beurtheilung der einen Klage ausnahmsweise auch die Zuständigkeit für die andere Klage nach sich zieht, nämlich die Identität des Streit-

---

[1]) Vgl. A. S. d. b.-g. E., XI S. 219 f.

gegenstandes,[1]) liegt in casu nicht vor. Diese Voraussetzung trifft nur dann zu, wenn die beidseitigen Begehren einander ausschliessen, die Gutheissung der einen Klage also nothwendig die Abweisung der andern zur Folge hat und umgekehrt. (Entsch. vom 5. Mai 1888 i. S. Toricella c. Casari.)

---

62. *Art. 2 B.-Ges. über die persönliche Handlungsfähigkeit. Wirkungen der Volljährigkeitserklärung (Jahrgebung).*

Die Volljährigkeitserklärung (Jahrgebung) ist bezüglich ihrer Wirkungen der wirklichen Volljährigkeit (Art. 1 des cit. Ges.) völlig gleichgestellt. Das Gesetz enthält bezüglich derselben keinen Vorbehalt des kantonalen Rechts. Demnach sind die Beschränkungen, denen nach dem im Canton Genf geltenden französischen Recht (Art. 480 bis 487 Code civ.) die Handlungsfähigkeit des emancipirten Minderjährigen noch unterworfen ist, beseitigt. (Entsch. vom 24. März 1888 i. S. Thomas.)[2])

---

63. *Art. 6 und 10 B.-Ges. betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Handlungsfähigkeit der Schweizer im Auslande. Muss die Bevormundung eines Schweizers zu ihrer Wirksamkeit auch an seinem ausländischen Wohnorte publizirt werden?*

J. H. von R., Ct. Luzern, stand in seiner Heimatgemeinde unter staatlicher Altersvormundschaft; bevor er das Alter der Volljährigkeit erreichte, wurde gegen ihn im Jahre 1868 die Bevogtigung wegen Verschwendung ausgesprochen und dies im luzernischen Amtsblatte publicirt. Später liess sich H. in niederländisch-indische Kriegsdienste anwerben; nach Beendigung seiner Dienstzeit hielt er sich eine Zeitlang in Harderwyk (Holland) auf und schloss dort im Jahre 1882 mit W. in Harderwyk einen Vertrag ab, wodurch er demselben sein mütterliches (in R. vormundschaftlich verwaltetes) Erbgut abtrat. W. trat nunmehr klagend gegen den inzwischen in die Schweiz zurückgekehrten H. auf, indem er Aushändigung des abgetretenen Erbgutes verlangte. Dieses Begehren

---

[1]) Siehe diese Revue, IV S. 111 Nr. 77, in welchem Fall übrigens wohl nicht Identität des Streitgegenstandes vorlag, sondern die Widerklage zur Klage in einem Präjudizialverhältnisse stand.

[2]) Siehe Botschaft des B.-Rathes vom 7. Novbr. 1879 zu Art. 2 des cit. Gesetzes.

wurde von allen Instanzen abgewiesen; vom Bundesgerichte unter folgender Begründung: Fragt sich, ob der Beklagte bei Abschluss des Vertrages vom 2. December 1882 handlungsfähig war, so ist dafür für den schweizerischen Richter gemäss Art. 10 Abs. 1 des B.-Ges. vom 25. Juni 1881 ausschliesslich schweizerisches und in keiner Beziehung fremdes (holländisches) Recht massgebend. Denn das cit. B.-Ges. schreibt ja ausdrücklich vor, dass seine Bestimmungen für alle Schweizer, wohnen sie im In- oder Auslande, gelten, ohne für Verpflichtungen, welche Schweizer im Auslande eingegangen haben, eine Ausnahme anzuerkennen, wie sie allerdings in Art. 10 Abs. 3 ibidem für Verpflichtungen statuirt ist, welche Ausländer in der Schweiz übernehmen. Nach schweizerischem Rechte nun war der Beklagte bei Abschluss des Vertrages vom 2. December 1882 nicht handlungs- bezw. verpflichtungsfähig, da er damals in seiner Heimat wegen Verschwendung entmündigt war. Diese Bevogtigung ist weder mit dem Eintritte des Volljährigkeitsalters noch mit dem Inkrafttreten des B.-Ges. vom 25. Juni 1881 weggefallen, sondern hat zur Zeit des Abschlusses des Vertrages noch fortgedauert. Die fernere Einwendung, dass die durch die Bevogtigung eingetretene Beschränkung der Handlungsfähigkeit dem Kläger gegenüber gemäss Art. 6 des B.-Ges. vom 25. Juni 1881 deshalb nicht wirke, weil sie in Holland nicht publicirt worden sei, ist offenbar unrichtig. Art. 6 cit. findet im vorliegenden Falle überhaupt keine Anwendung, denn die Entmündigung des Beklagten ist vor dem Inkrafttreten des B.-Ges. erfolgt, und es ist daher die Frage, ob bezw. in welcher Weise dieselbe publicirt werden musste, um Dritten gegenüber rechtswirksam zu werden, nicht nach dem cit. B.-Ges., sondern nach dem zur Zeit der Anordnung der Entmündigung geltenden Rechte zu beantworten. Uebrigens bezieht sich Art. 6 nur auf interkantonale, nicht auf internationale Verhältnisse, und er schreibt nur vor, dass wenn der Entmündigte zur Zeit der Entmündigung in einem andern Kanton wohne als in demjenigen, der die Vormundschaft verhängt, die Entmündigung auch im Wohnortskantone veröffentlicht werden müsse, keineswegs dagegen, dass eine solche Veröffentlichung auch an jedem spätern Aufenthaltsorte des Bevormundeten stattzufinden habe, was ja unter Umständen, wenn der Bevormundete ohne Bewilligung und Wissen der Vormundschaftsbehörde den Aufenthaltsort wechselt, völlig undurchführbar wäre. (Entsch. vom 20. April 1888 i. S. Wolf c. Helfenstein.)

---

64. *Art. 50 ff. O. R. Aussereheliche Schwängerung; inwiefern erwächst daraus der Geschwängerten ein Schadensersatzanspruch im Sinne dieser Gesetzesbestimmungen?*

M. F. belangte den verheiratheten A. D., bei dessen Vater sie in Dienst gestanden, auf Bezahlung von Fr. 4000 Schadensersatz oder einer entsprechenden jährlichen Pension für Unterhalt und Erziehung ihres ausserehelichen Kindes, unter der blossen Behauptung, dass derselbe der Vater dieses Kindes sei. Dabei bemerkte sie, dass sie die Klage nicht auf das freiburgische Paternitätsgesetz, sondern lediglich auf Art. 50 ff. O. R. stütze.

Die Klage wurde vom Bundesgericht abgewiesen. Gründe: Die blosse Thatsache der Schwängerung einer Weibsperson ist weder gegenüber der Mutter noch gegenüber dem Kinde eine unerlaubte Handlung, sofern nicht Umstände vorliegen, welche die Zustimmung der Mutter zu dem fleischlichen Umgange ausschliessen (Verführung, Gewalt, Irrthum u. s. w.). Solche Umstände sind aber von der Klägerin nicht einmal behauptet worden. Die auf die blosse Thatsache der Vaterschaft gestützte Klage ist keine Klage aus unerlaubter Handlung, sondern hat, wie der Deflorationsanspruch der Mutter, ihr Fundament in dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse zwischen Vater und Kind und gehört daher dem Familienrechte an. Nach Art. 76 O. R. fällt sie daher unter das kantonale Recht. Die Zulassung einer solchen Schadensersatzklage würde zur Folge haben, dass auf einem Umwege die Vaterschafts- und Alimentationsklage in denjenigen Kantonen eingeführt würde, welche dieselbe unzulässig erklären. (Entsch. vom 24. März 1888 i. S. Fragnière c. Duriaux.)[1]

---

65. *Art. 142 f., 502, 503, 508, 511 O. R. Begründet die Hingabe und Annahme von Eigenwechseln auf eine Schuld eine Novation? Begriff der „Bürgschaft auf Zeit“. Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen bezüglich Eintreibung der Hauptschuld.*

H. hatte sich gegenüber D. verpflichtet, während eines

---

[1]) Vgl. Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, I S. 484 ff.; Rossel, Manuel du droit civil de la Suisse rom., S. 49 f.; Roth, System des deutsch. Priv.-Rechts, II S. 368 f., 380 f.; Puchelt, Zeitschrift für französ. Civilrecht, II S. 336—350, XVI S. 574 und XVIII S. 688; Zachariae-Puchelt, Handbuch des französ. Civilrechts, 6. Aufl. II S. 700 Note 14 a. E.; Sirey, Cod. civ. annoté, 3. Aufl., Art. 340 Anm. 14 ff. und Art. 1382 Anm. 555—566.

Jahres die Waarenbestellungen desselben auszuführen. Der Vertrag enthält u. A. die Bestimmung, dass die Preise für die einzelnen Lieferungen 3 Monate nach dem Datum der Faktura zu bezahlen seien oder baar gegen 2% Sconto. Als Bürge für D. verpflichtet sich M. und zwar „bis zur vollständigen Bezahlung der von H. dem D. zu liefernden Waaren, unter den zwischen H. und D. vereinbarten Bedingungen." D. konnte zur Verfallzeit nicht bezahlen und einigte sich mit H. dahin, dass derselbe 3 Eigenwechsel des D. mit neuen, hinausgeschobenen Zahlungsterminen annahm. Diese Wechsel wurden aber von D. nicht eingelöst, sondern gingen mit Protest an H. zurück. H. belangte nun den Bürgen M. Derselbe wendete ein, 1) die ursprüngliche Schuld sei durch die Hingabe und Annahme der 3 Eigenwechsel novirt worden, und 2) eventuell sei die Bürgschaft erloschen, weil H. nicht gemäss Art. 502 O. R. innert der Frist von 4 Wochen die Forderung eingetrieben, und ihm M. von der Verlängerung der Zahlungsfrist auch keine Kenntniss gegeben, sondern ihn im Glauben gelassen, die Waaren seien bezahlt, und dadurch gehindert habe, auf seine Deckung bedacht zu sein. Das Bundesgericht hiess die Klage gut.

Gründe: 1) Die Ansicht des Beklagten, dass es sich um eine Bürgschaft auf Zeit handle und Kläger daher bei Vermeidung der Erlöschung der Bürgschaft verpflichtet gewesen sei, die Forderung binnen 4 Wochen nach Ablauf der Zahlungsfrist rechtlich einzutreiben, ist unrichtig. Wie aus der Vergleichung der Art. 502 und 503 O. R. klar hervorgeht, liegt eine Bürgschaft auf Zeit im Sinne des Art. 502 nur dann vor, wenn die Bürgschaft selbst mit Einschränkung auf eine gewisse Zeit geleistet, d. h. der Bürgschaftsverpflichtung selbst ein bestimmter Endtermin beigefügt ist. Dagegen ist eine solche Bürgschaft nicht vorhanden, wenn bloss die verbürgte Forderung an einem gewissen Termin zahlbar ist. Das Gesetz unterscheidet in den Art. 502 und 503 diese beiden Fälle ausdrücklich von einander. In casu hat nun Beklagter seiner Bürgschaftsverpflichtung eine Einschränkung auf eine gewisse Zeit nicht nur nicht beigefügt, sondern gegentheils erklärt, dass er bis zur vollständigen Zahlung der vom Kläger dem D. zu liefernden Waaren haften wolle. Allerdings nimmt Beklagter in der Bürgschaftsverpflichtung auf die zwischen H. und D. vereinbarten Bedingungen Bezug und zu denselben gehört, dass D. die Waaren nach 3 Monaten, vom Datum der betreffenden Faktura an, zu bezahlen habe. Allein wenn

Beklagter seine Bürgschaft im Sinne des Art. 502 O. R. zeitlich hätte beschränken wollen, so hätte er in der Bürgschaftsverpflichtung eben ausdrücklich bemerken sollen, dass er die Bürgschaft nur bis zur jeweiligen Verfallzeit der Faktura eingehe. Diess hat er, wie bereits bemerkt, nicht gethan. Es liegt also in der That nichts anderes vor als eine für unbestimmte Zeit eingegangene Bürgschaft für eine betagte Hauptschuld, wovon nicht Art. 502 sondern Art. 503 O. R. handelt.

2) Nach Art. 142 Ziff. 1 ist Neuerung vorhanden, wenn der Schuldner in dem Sinne eine neue Schuld gegen den Gläubiger eingeht, dass dadurch die alte erlischt. Nach 143 O. R. wird aber die Neuerung nicht vermuthet, sondern muss der Wille, sie zu bewirken, aus dem Geschäfte klar hervorgehen. Dieser Wille wird nun aber nicht schon dadurch konstatirt, dass auf eine bestehende Schuld Wechsel hingegeben und angenommen werden, sondern es muss entweder eine ausdrückliche Novationserklärung vorliegen oder der Wille der Neuerung aus den begleitenden Umständen klar hervorgehen. Eine besondere Erklärung, insbesondere des Gläubigers, welche als Novationserklärung aufgefasst werden könnte, ist nicht vorgelegt, und ebensowenig sind irgend welche Umstände angeführt worden, welche auf jene Absicht schliessen liessen. Es liegt also nichts weiter vor, als dass H. für die Schuld Wechsel angenommen hat, und nun ist es gegenwärtig wohl allgemein herrschende Ansicht, dass, wo nicht das massgebende Civilrecht ausdrücklich den gegentheiligen Grundsatz aufstellt, durch die Hingabe und Annahme von Wechseln auf eine bestehende Schuld diese nicht sofort getilgt werde, weder unter dem Gesichtspunkte der Novation noch unter demjenigen der Leistung an Zahlungsstatt, sondern dass lediglich eine accessorische Stipulation vorliegt, die ursprüngliche Schuld und die Wechselschuld also neben einander bestehen, deren gemeinsame Tilgung erst dadurch bewirkt wird, dass entweder der Wechselschuldner den Wechsel zur Verfallzeit bezahlt oder — im Falle der Begebung des Wechsels — der Regress aus demselben gegen den Gläubiger, Remittenten, (wegen Präjudizirung des Wechsels oder wegen Verjährung des Regresses) rechtlich unmöglich geworden ist.

Weder der eine noch der andere Fall liegt hier vor. Die sämmtlichen Wechsel sind vom Schuldner D. unbestrittenermassen nicht eingelöst, sondern Mangels Zahlung protestirt worden und auf dem Regresswege an Kläger zurück-

gegangen, so dass derselbe aus denselben keine Befriedigung für seine Forderung hat finden können.[1])

3) Endlich ist auch die letzte Einwendung des Beklagten, dass er wegen Saumseligkeit des Klägers in der Eintreibung der Hauptschuld beziehungsweise wegen der dem Schuldner ertheilten Nachfrist, Stundung, von der Bürgschaft befreit worden sei, zu verwerfen. Nach dem eidg. O. R. besteht — abgesehen von Art. 502 und 503 O. R. — eine Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen bezüglich Eintreibung der Schuld nicht, sondern ist es Sache des Bürgen, sich gegen allfälligen, durch Zuwarten des Gläubigers in Belangung des Schuldners ihm erwachsenden Schaden zu sichern. Diess kann in erster Linie dadurch geschehen, dass der Bürge die Bürgschaft nur auf Zeit im Sinne des Art. 502 O. R. eingeht. Aber auch bei der unbefristeten Bürgschaft ist der Bürge nicht wehrlos. Denn nach § 503 O. R. kann derselbe nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld das Begehren stellen, dass der Gläubiger binnen 4 Wochen die Forderung rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne Unterbrechung fortsetze, widrigenfalls der Bürge frei wird, und nach Art. 509 O. R. kann der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger jederzeit verlangen, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse.

Endlich steht nach Art. 511 Ziff. 2 O. R. dem Bürgen das Recht zu, vom Schuldner Sicherstellung zu verlangen, wenn derselbe in Verzug kommt, also bei Forderungen mit bestimmtem Verfalltag schon mit Ablauf dieses Tages (Art. 117 Abs. 2 O. R.). Der Bürge hat es also vollständig in seiner Hand, sich gegen allfällig ihm aus der Säumniss des Gläubigers in Eintreibung der Hauptschuld drohenden Schaden dadurch zu sichern, dass er entweder den Gläubiger nach Art. 503 zur rechtlichen Eintreibung der Forderung anhält oder sich vom Hauptschuldner Sicherheit bestellen lässt, oder beide Mittel zugleich ergreift. Es ist aber seine Sache, sich zu erkundigen, ob die Hauptschuld zur Verfallzeit bezahlt worden sei. Das Gesetz legt dem Gläubiger keine Pflicht auf, den Bürgen hievon resp. von der Nichtzahlung zu benachrichtigen, noch hat in casu H. eine solche Pflicht dem Beklagten gegenüber vertraglich übernommen.

---

[1]) Vgl. § 264 des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich und Bd. II S. 78 f. der Motive zu demselben; Dernburg, Pandekten Bd. II S. 163 N. 8; Thöl, Wechselrecht 4. Aufl. S. 767 ff. und Wächter, Wechselrecht des deutsch. Reiches S. 111 ff.

Aus Art. 503 folgt dagegen allerdings auch, dass der Bürge von seiner Verpflichtung befreit werden und der Gläubiger der Bürgschaft verlustig gehen kann, wenn er dem Schuldner einer betagten Hauptschuld ohne Zustimmung des Bürgen eine Nachfrist, Stundung gewährt und sich dadurch der Möglichkeit begibt, einem gemäss dem cit. Art. 503 gestellten Begehren des Bürgen, die Forderung binnen 4 Wochen geltend zu machen, zu entsprechen. Allein im vorliegenden Falle ist ein solches Begehren von dem Beklagten an Kläger gar nie gestellt worden. Auch ist Beklagter durch die von H. dem D. gewährte Stundung an der Ausübung des ihm nach Art. 511 Ziff. 2 gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechtes auf Sicherstellung nicht gehindert worden, indem die ohne Zustimmung des Bürgen dem Hauptschuldner durch Annahme der auf spätere Verfallzeit gestellten Eigenwechsel gewährte Stundung auf dieses Recht des Bürgen keinerlei Einfluss ausüben konnte.[1]) (Entsch. v. 25. Mai 1888 i. S. Hofmann c. Matthey.)

---

66. *Art. 199 ff. u. Art. 16 O. R. Erfordernisse des Erwerbs von Alleineigenthum an Mobilien durch einen Miteigenthümer. Eigenthumsvorbehalt an veräusserten Sachen. Simulirte Geschäfte und Geschäfte zur Umgehung des Gesetzes.*

Zwischen F. R. und O. S. hatte eine Kollektivgesellschaft zum Zwecke des Betriebes der Buchhandlung und Buchdruckerei bestanden. Am 24. Januar 1887 lösten sie die Gesellschaft auf und am 3. Februar gl. J. einigten sich die Gesellschafter dahin, dass F. R. alle Passiven des Geschäftes mit Ausnahme einer Forderung von Fr. 15,000 und ebenso sämmtliche Aktiven übernehme, mit Ausnahme des Buchdruckereiinventars, welches in das Eigenthum des O. S. übergehe, von letzterm aber durch besondern Vertrag an F. R. veräussert werde. In der That veräusserte O. S. durch besondern Vertrag vom gleichen Tage dieses Inventar wieder an F. R. um den Preis von Fr. 20,000, jedoch mit dem Vorbehalte, dass das Eigenthum auf R. erst mit völliger Abzahlung des Kaufpreises übergehen solle und dass der Verkäufer berechtigt sei, bei Verzug des Käufers vom Vertrage zurückzutreten. Bald nachher brach über F. R. der Konkurs aus. O. S. vindizirte darin das Buchdruckereiinventar; allein

[1]) Vgl. Entwurf eines bürg. Gesetzb. für das deutsche Reich § 679 und Bd. II S. 678 ff. (680) der Motive zu demselben.

seine Ansprache wurde bestritten, hauptsächlich desshalb, weil eine Besitzübergabe an S. niemals stattgefunden habe und übrigens das ganze Geschäft ein simulirtes sei. Das Bundesgericht hiess die Vindikation gut; der Begründung seines Urtheils entnehmen wir folgendes: Seit der Auflösung der Gesellschaft standen die zum Vermögen dieser Gesellschaft gehörigen Sachen im Miteigenthum beider Gesellschafter im Verhältniss ihrer Geschäftsantheile; es befanden sich auch beide Gesellschafter im Mitbesitz. Rechtlich und thatsächlich stand ihnen die Verfügungsgewalt, insbesondere auch über das Buchdruckereimaterial, gemeinsam zu. Dass letzteres sich in einem Lokale befand, das auf den persönlichen Namen des R. gemiethet war, ändert hieran nichts, da ja natürlich R. dem Mitgesellschafter und Miteigenthümer nichtsdestoweniger den Mitbesitz hatte einräumen müssen und eingeräumt hatte. Befand sich also das streitige Buchdruckereimaterial schon vor dem Uebereinkommen vom 3. Februar 1887 im (Mit-)Besitze des Klägers, so bedurfte es zur Uebertragung des (Allein-)Eigenthums an demselben einer weiteren körperlichen Besitzübergabe im Sinne des Art. 199 O. R. selbstverständlich nicht mehr. Es genügte vielmehr, dass einerseits R. auf seinen Antheil verzichtete und andererseits S. den Willen erklärte, Alleinbesitz und Alleineigenthum erwerben zu wollen. Art. 202 O. R. ist hier nicht anwendbar, da nicht ein Fall des Eigenthumserwerbes durch den Veräusserer als Stellvertreter im Besitzerwerbe vorliegt, sondern der andere Fall, wo der Erwerber die Verfügungsgewalt über die Sache bereits besitzt.

Fragt sich sodann, ob die Eigenthumsübertragung an S. nicht als simulirtes Geschäft zufolge Art. 16 O. R. unwirksam sei, so ist zu bemerken: Es ergibt sich allerdings daraus, dass S. das ihm aus den Gesellschaftsaktiven zugetheilte Buchdruckereiinventar im Momente der Zutheilung selbst sofort dem R. verkaufte, zur Evidenz, dass S. dasselbe nicht zu behalten gedachte, dass er also Eigenthum an demselben nicht zum Zwecke der Nutzung oder zum Zwecke der Weiterveräusserung an Dritte u. dgl. zu erwerben beabsichtigte. Allein dass ihm das Eigenthumsrecht überhaupt ernstlich nicht habe übertragen werden wollen, dass der Wille der Parteien vielmehr dahin gegangen wäre, es solle das Eigenthum an dem Buchdruckereiinventar dem R. zugetheilt werden, dafür liegt doch nicht das Mindeste vor. Vielmehr ist klar, dass der Wille der Parteien wirklich auf diejenige Rechtswirkung gerichtet war, welche in den beiden Verträgen vom 3. Februar

1887 ausgesprochen ist: S. sollte das (Allein-)Eigenthum am Buchdruckereiinventar erwerben und so lange behalten, bis R. den stipulirten Kaufpreis abbezahlt habe; sowohl der Vertrag, durch welchen dem S. das Druckereiinventar zu Eigenthum zugewiesen, als derjenige, wodurch er dasselbe dem R. unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises verkaufte, ist durchaus ernsthaft gemeint und keineswegs simulirt. Die Einwendung der Beklagten scheint denn in That und Wahrheit auch mehr darauf abzuzielen, es handle sich hier um ein in fraudem legis, in Umgehung des Gesetzes abgeschlossenes Rechtsgeschäft; die Absicht der Parteien sei dahin gegangen, dem S. Deckung für seine Forderungen an die aufgelöste Gesellschaft R. & Cie. resp. an R. zu schaffen, ohne jedoch dem letzteren den thatsächlichen Besitz des Druckereiinventars zu entziehen; die Kombination der Eigenthumsübertragung an S. mit gleichzeitigem Rückverkauf unter Eigenthumsvorbehalt an R. sei also gewählt worden, um den Grundsatz, dass Pfandrecht an Mobilien nur mit Uebergabe des Gewahrsams begründet werden könne, zu umgehen.[1]) Es kann dies indessen nicht als zutreffend erachtet werden. Ohne Zweifel waren die Theilhaber der aufgelösten Gesellschaft völlig befugt, bei gütlicher Auseinandersetzung die Aktiven und Passiven der Gesellschaft unter sich (vorbehältlich natürlich ihrer fortdauernden solidaren Haft gegenüber von Dritten und vorbehältlich der Unwirksamkeit allfälliger doloser, auf Benachtheiligung der Gläubiger abzweckender Vereinbarungen) nach Belieben zu vertheilen. Das (Allein-) Eigenthum an dem Druckereimaterial konnte also vollgültig dem S. zugeschieden werden. Ebenso war dieser befugt, das Buchdruckereiinventar an R. unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises zu verkaufen. Denn der Verkauf unter Vorbehalt des Eigenthums bis zur Zahlung des Kaufpreises ist ohne Zweifel zulässig. Zwar ist dies nicht in Art. 264 O. R. ausdrücklich ausgesprochen, denn diese Bestimmung spricht nicht vom Vorbehalte des Eigenthums seitens des Verkäufers, sondern vom Vorbehalte des Rücktrittes desselben vom Vertrage bei Verzug des Käufers, — wohl aber folgt es aus dem Zusammenhange des Gesetzes, resp. daraus, dass einer solchen Parteivereinbarung keine verbietende Gesetzesnorm entgegensteht. Eine Sicherstellung des Verkäufers liegt bei einer solchen Beredung immer vor, allein keineswegs eine gesetzlich unzulässige, sondern eine gesetz-

---

[1]) Siehe hiezu Bähr, Urtheile des Reichsgerichts S. 56 ff.

lich zulässige. Danach kann denn auch hier darin, dass S. sich durch Vorbehalt des Eigenthums sicherte, eine unzulässige Umgehung des Gesetzes nicht gefunden werden. (Entsch. vom 10. März 1888 i. S. Konkursmasse Rothermel c. Schmid.)

---

67. *Art. 205 O. R. Erwerb beweglicher Sachen vom Nichteigenthümer. Begriff des guten Glaubens. Gilt für die Uebereignung geschenkter Sachen kantonales oder eidgenössisches Recht?*

Wittwe E. hatte nach dem Tode ihres Ehemannes eine Anzahl Obligationen auf die Ersparnisskasse L. aus dessen Nachlass weggenommen, nach ihrer Behauptung gestützt darauf, dass ihr Ehemann ihr dieselben kurz vor seinem Tode geschenkt habe, mit der Bemerkung, „sie solle sie dann nehmen, sie wisse ja, wo dieselben liegen; sie brauche sie den Kindern nicht zu zeigen.“ Diese Obligationen schenkte Wwe. E. einer Tochter Wwe. M., nach ihrer, der Wwe. E., Behauptung unter Mittheilung, wie sie die Titel erhalten habe. Nachdem die beiden andern Kinder des verstorbenen E. diess erfahren hatten, vindizirten sie die Obligationen im Umfange ihrer Erbberechtigung am Nachlasse des E. Die Wwe. M. setzte der Vindikation die Einrede entgegen, sie habe die Titel in gutem Glauben erworben und sei daher nach Art. 205 O. R. Eigenthümerin derselben geworden, auch wenn ihrer Mutter das Eigenthum daran nicht zugestanden haben sollte. Die Klage wurde jedoch von allen Instanzen gutgeheissen, vom Bundesgerichte unter folgender Begründung:

Die Parteien und die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, die in Rede stehenden Obligationen auf die Einzinserkasse des Kantons Luzern seien als bewegliche Sachen zu betrachten; sie haben lediglich an der Hand sachenrechtlicher Grundsätze erörtert und entschieden, ob die Beklagte an den streitigen Papieren Eigenthum erworben habe. Es ist zweifelhaft, ob diese Auffassung eine zutreffende ist. Denn aus den Akten ergibt sich doch so viel, dass diese Papiere jedenfalls nicht schlechthin auf den Inhaber, sondern (zunächst wenigstens) auf einen benannten Gläubiger lauten, so dass wohl bezweifelt werden kann, ob dieselben als Inhaberpapiere zu betrachten und ob für den Erwerb und Verlust von Rechten an denselben sachenrechtliche Regeln anwendbar seien. Allein es mag doch, nachdem von keiner Partei ein abweichender Standpunkt eingenommen und durch Darlegung der Natur der fraglichen Obligationen begründet

worden ist, von der gedachten Anschauung ausgegangen werden.

Thatsächlich festgestellt ist von den Vorinstanzen, dass eine Uebergabe der Papiere seitens des Ehemannes E. an seine Ehefrau nicht stattgefunden hat, sondern dass die Ehefrau E. sich erst nach dem Tode des Ehemannes in den Besitz derselben setzte; ferner ist von den Vorinstanzen endgültig entschieden, dass die Wittwe E. Eigenthum an den Papieren nicht durch gültige Zuwendung von Todeswegen erworben hat. Es steht daher fest, dass die Wittwe E. niemals Eigenthümerin der streitigen Obligationen war, sondern dass diese zum Nachlass des Ehemannes E. (den Erben desselben) gehörten und der Wittwe nur die Nutzniessung daran zustand. Es kann sich daher nur fragen, ob nicht die Beklagte, trotz des mangelnden Eigenthums des Veräusserers, dennoch zufolge Art. 205 O. R. durch die auf Grund der Schenkung stattgefundene Uebergabe als gutgläubiger Erwerber Eigenthum erlangt habe.

Dies ist zu verneinen. Denn der Erwerb der Beklagten kann nicht als ein gutgläubiger anerkannt werden. Die Frage, ob der Erwerber einer Sache sich in gutem Glauben befunden habe, ist zwar keineswegs eine blosse Thatfrage, welche als solche von den kantonalen Gerichten endgültig entschieden wäre, vielmehr ist der Begriff des guten Glaubens ein Rechtsbegriff, dessen richtige Anwendung, wenn auch natürlich unter Zugrundelegung der von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatsachen, vom Bundesgerichte zu überprüfen ist. Ebenso ist die Behauptung unrichtig, dass, da das O. R. eine Definition des guten Glaubens nicht gegeben habe, dafür das kantonale Recht massgebend geblieben sei. Denn es ist klar, dass Art. 205 O. R. eine für die ganze Schweiz gleichmässig gültige Norm eidgenössischen Rechtes aufstellt und es nicht den kantonalen Gesetzgebungen überlässt, die von ihm aufgestellte Regel durch verschiedenartige Definitionen des „guten Glaubens" in verschiedener Weise auszugestalten. Wenn der eidgenössische Gesetzgeber, wie hier, einen von ihm verwendeten Rechtsbegriff nicht genau definirte, weil er dies für überflüssig oder gar schädlich erachtete, so folgt daraus natürlich nicht, dass nun die kantonale Gesetzgebung befugt sei, die vermeintliche Lücke auszufüllen; vielmehr ist es Sache der Wissenschaft und Praxis, die dem eidgenössischen Gesetze entsprechende Bedeutung eines solchen Begriffes festzustellen. Ebensowenig ist endlich anzuerkennen, dass, weil dem Erwerbe der Be-

klagten eine Schenkung zu Grunde liege, die Schenkung aber kantonalrechtlich geordnet sei, hier eidgenössisches Recht überhaupt keine Anwendung finde, denn die Uebertragung resp. der Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen richtet sich in allen Fällen des Eigenthumserwerbes aut Grund eines Vertrages nach den Bestimmungen des VI. Titels des O. R., mag das der Uebereignung zu Grunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft nach eidgenössischem oder wie die Schenkung nach kantonalem Rechte zu beurtheilen sein.[1]) Es ist also die Frage, ob die Rekurrentin als gutgläubige Erwerberin zu betrachten sei, vom B.-Gerichte selbständig zu prüfen. Allein es ist, wie bemerkt, der von den kantonalen Gerichten gegebenen verneinenden Entscheidung dieser Frage beizutreten. Der gute Glaube des Erwerbers, wie ihn Art. 205 O. R. zum Eigenthumserwerbe bei Uebertragung seitens eines Nichteigenthümers erfordert, ist aufzufassen als die redliche Ueberzeugung, durch die Aneignung der Sache kein fremdes Recht zu verletzen; er ist ausgeschlossen nicht nur wenn der Erwerber um das seinem Erwerbe entgegenstehende Hinderniss (das Nichteigenthum seines Vormannes) positiv weiss, sondern auch dann, wenn derselbe den Umständen nach, gemäss den Regeln redlichen Verkehrs, bei gehöriger Aufmerksamkeit vermuthen muss, es entspreche sein Erwerb dem materiellen Rechte nicht, wenn also die Erwerbshandlung auf Bethätigung grober, unentschuldbarer Fahrlässigkeit, sei es auffallender Sorglosigkeit und Unachtsamkeit, sei es leichtfertiger Unbekümmertheit um fremdes Recht beruht. Diese Auffassung, welche in Doktrin und Praxis wohl überwiegend anerkannt ist (vgl. z. B. Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes, VI Nr. 4 und 23), ist in Art. 211 Abs. 2 und Art. 790 O. R. für die dort normirten Thatbestände ausdrücklich anerkannt, und es ist gewiss unbedenklich anzunehmen, dass das gleiche auch im Falle des Art. 205 gelte. Nun ist im vorliegenden Falle als thatsächlich festgestellt zu erachten, dass der Beklagten von ihrer Mutter, der Wittwe E. mitgetheilt worden war, dieselbe sei in den Besitz der streitigen Obligationen in derjenigen Weise gelangt, wie sie dies ausgesagt hat. Danach kann dann von gutgläubigem Erwerbe seitens der Beklagten nicht die Rede sein. Zwar wäre es wohl zu weit gegangen, wenn man annehmen wollte, die Beklagte habe, bei dem im Lande allgemein vertretenen Masse von Rechtskenntnissen, nach der

[1]) Siehe diese Revue, V S. 168 f. Nr. 118.

fraglichen Mittheilung positiv gewusst, dass ihre Mutter nicht Eigenthümerin der Obligationen geworden sein könne. Es kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass der Irrthum der Beklagten über das Recht ihres Autors deshalb von vornherein als ein unentschuldbarer zu betrachten sei, weil er jedenfalls als Rechtsirrthum sich qualifiziren würde. Denn nach dem O. R., welches auch z. B. bei der condictio indebiti zwischen Rechts- und Thatirrthum nicht unterscheidet, liegt kein Grund vor, den Rechtsirrthum schlechthin und allgemein als unentschuldbar zu behandeln. Es kommt vielmehr auch beim Rechtsirrthum darauf an, ob derselbe nach den konkreten Umständen als entschuldbar oder aber als auf grober Fahrlässigkeit beruhend zu betrachten ist. Allein im vorliegenden Falle ist nun jedenfalls so viel klar, dass die Beklagte, wenn sie sich auch nur einigermassen darum kümmerte, ob die Werthschriften, welche sie sich schenken liess, der Schenkgeberin wirklich gehören, die Berechtigung der letztern bezweifeln und bei der demnach gebotenen nähern Prüfung sofort einsehen und erfahren musste, dass die Schenkgeberin nicht Eigenthümerin sei. Die Beklagte hat aber jede Prüfung in dieser Richtung unterlassen und dadurch gezeigt, dass es ihr einzig darum zu thun war, gleichviel ob mit oder ohne Recht, den Besitz der Werthschriften für sich zu erlangen. (Entsch. v. 17. Jenner 1888 i. S. Ernst c. Müller.)

---

68. *Art. 294 O. R. Erlischt das Retentionsrecht des Vermiethers durch heimliche Entfernung der eingebrachten Sachen des Miethers?*

Das Retentionsrecht des Vermiethers einer unbeweglichen Sache an den eingebrachten beweglichen Sachen des Miethers ist von dem Verbleiben derselben auf dem Grundstücke abhängig und erlischt daher mit der Entfernung dieser Sachen von dem Grundstücke, auch wenn dieselbe heimlich geschieht. (Entsch. vom 28. April 1888 i. S. Richard c. Dépraz.)[1]

---

69. *Art. 889 O. R. Anfechtung von Rechtsgeschäften eines Schuldners wegen Verkürzung der Gläubiger. Inhalt der Verpflichtung zur Rückgewähr des Anfechtungsgegners.*

Der Inhalt der Verpflichtung zur Rückgewähr, wie sie demjenigen obliegt, welchem gegenüber ein von ihm mit einem Gemeinschuldner abgeschlossenes Geschäft wegen Verkürzung

---

[1]) Vgl. hiezu die Motive zu dem Entwurfe eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich, II S. 407 f.

der Gläubiger aufgehoben worden ist, richtet sich gemäss Art. 889 O. R. nach kantonalem Recht. Das letztere Recht entscheidet daher, ob diese Verpflichtung auf Rückgewähr schlechthin gehe oder nur auf Rückgewähr gegen Erstattung der aus dem aufgehobenen Rechtsgeschäft dem Kridar gemachten Gegenleistung.[1]) (Entsch. vom 4. April 1888 i. S. Ersparnisskasse Luzern c. Konkursmasse Egli.)

---

70. *Art. 1 Abs. 3 des Vertrages zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand u. s. w. vom 15. Juni 1869. Gerichtsstand des Aufenthaltes.*

Der in der oben angeführten Vertragsbestimmung aufgestellte Gerichtsstand erfordert die wirkliche persönliche Anwesenheit der Parteien und findet daher auf juristische Personen keine Anwendung; Dalloz 1852, II 143; Curti, Staatsvertr. vom 15. Juni 1869, S. 56—58. (Entsch. vom 11. Mai 1888 i. S. Phénix c. Girod.)

---

71. *Markenschutzgesetz. Begriff des „Vorsatzes" im Sinne des Art. 19 dieses Gesetzes. Fahrlässige Verletzung des Markenrechtes eines Andern durch Nachmachung seiner Marken ohne Prüfung des Markenregisters resp. der amtlichen Bekanntmachungen.*

Der Vorsatz (dolus), wie er durch Art. 19 (Art. 18 und 26) des Markenschutzgesetzes gefordert wird, ist hergestellt, sobald feststeht, dass Jemand das Waarenzeichen eines Andern in der Absicht, die Abnehmer über den Ursprung der Waare zu täuschen, nachmacht oder nachahmt. Die Kenntniss von der Hinterlegung des nachgemachten oder nachgeahmten Waarenzeichens in der Schweiz ist nicht erforderlich.

Wer das deponirte Waarenzeichen eines Andern nachmacht oder nachahmt, ohne dass er weiss, dass das betreffende Zeichen ein Waarenzeichen ist, macht sich einer fahrlässigen, zum Schadenersatz verpflichtenden, Verletzung des fremden Markenrechtes schuldig, wenn er sich nicht durch Einsicht des Markenregisters, beziehungsweise des Handelsamtsblattes, darüber vergewissert, ob das Zeichen nicht das Waarenzeichen eines Fabrikanten oder Produzenten sei.[2]) (Entsch. v. 23. März 1888 i. S. Rueff c. Bovet.)

---

[1]) Vgl. Menzel, Anfechtungsrecht der Gläubiger u. s. w. S. 270 ff., und Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 268 ff.

[2]) Vgl. A. S. d. b.-g. E., VII 412 ff. u. 786; Kohler, Markenschutzrecht S. 355 f.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

72. *Rupture de promesses de mariage. Action en dommages et intérêts. Convention contraire aux bonnes mœurs. Art. 17, 110 et suivants et 116 C. O.*

Vaud. Jugement de la Cour civile du 3 décembre 1887 dans la cause Marti c. Landry.

En 1878, Edouard Landry a fait la connaissance, à Yverdon, de Rosina M., domestique, et des relations très intimes se sont établies entre les deux parties. En 1886, des projets de mariage surgirent entre elles, mais le père Landry refusa de consentir au mariage en invoquant l'état de santé de son fils, et il écrivit dans ce sens à Rosina M. qui, le 16 juillet 1886, signa une déclaration, dans laquelle elle renonça complètement au mariage projeté avec E. L. et promit d'habiter loin d'Yverdon contre versement de 500 fr. de la part de M. L. père à titre d'indemnité pour les frais qu'elle avait faits à l'instigation d'E. L. ensuite de ses promesses de mariage. Rosina M. partit alors chez ses parents, mais sa correspondance avec E. L. continua et en août 1886 déjà elle entrait en service près d'Yverdon. Les projets de mariage furent repris, E. L. s'occupa de chercher un logement et les promesses de mariage furent publiées le 8 janvier 1887 par l'officier de l'état civil d'Yverdon. Le père L. s'opposa au mariage et adressa en même temps à la municipalité d'Yverdon une demande tendant à l'interdiction de son fils pour cause de démence, demande qu'il retira par lettres des 26 et 28 février. Néanmoins, par exploit du 26 févr., E. L. passa expédient sur l'opposition au mariage, avec offre de frais. Ensuite de ces faits, Rosina M. a cité E. L. à se présenter le 4 mai devant l'officier d'état civil, pour là voir procéder à la célébration du mariage, et, par le même exploit, elle a ouvert action contre E. L. et a conclu à faire prononcer que, vu le refus d'E. L. de donner suite aux promesses de mariage, il est condamné à lui payer, à titre de dommages et intérêts, la somme de 6000 fr. E. L. a conclu à libération. La Cour civile a admis les conclusions de la demanderesse, en les réduisant toutefois à 1000 fr.

Motifs: Considérant, en droit, que si l'art. 61 modifié du Cc. vaudois[1]) donne ouverture à une action en dommages-

[1]) Cet article 61, modifié par la loi du 31 août 1875, est ainsi conçu: „Une promesse de mariage ne donne action en droit que lorsque l'acte

intérêts en cas de rupture de promesses de mariage, toutefois le droit qui en résulte est subordonné aux principes généraux sur la matière contenus aux art. 110 et suivants C.O.

Qu'aux termes de l'art. 116 C. O., les dommages-intérêts dus par le débiteur comprennent, en tout cas, le préjudice qui a pu être prévu au moment du contrat, comme une conséquence immédiate de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de ce contrat.

Considérant que, dans l'espèce, L., qui avait renoué des relations avec Rosina M. après la convention du 16 juillet 1886, a fait publier ses promesses de mariage le 8 janvier 1887.

Qu'il a rompu ses promesses de sa propre volonté, puisqu'il n'a pas comparu devant l'officier d'état civil d'Yverdon et qu'il a même passé expédient sur l'action en opposition au mariage qui lui avait été ouverte par son père

Qu'il n'a ainsi pas exécuté le contrat qu'il avait librement conclu avec la demanderesse et que son obligation doit, dès lors, se résoudre en dommages-intérêts, la demanderesse ayant subi un préjudice matériel et moral par le fait du défendeur.

Considérant que la convention du 16 juillet 1886 ne saurait exonérer L. de cette obligation.

Qu'en effet cette convention, par laquelle Rosina M. a déclaré renoncer au mariage avec Edouard L., constitue un acte contraire aux bonnes mœurs, puisqu'il porte atteinte à un droit absolu et d'ordre public, savoir la liberté du mariage.

Que, dès lors, aux termes de l'art. 17 C. O., un pareil acte n'a aucune valeur juridique et qu'il n'y a ainsi pas lieu d'en tenir compte.

Que, du reste, Edouard L. a, de son propre mouvement et de sa pleine volonté, renoué avec Rosina M. quelques jours après la signature de cette convention, et que ce sont ces nouvelles relations qui ont amené les promesses de mariage qu'a rompues Edouard L.

Que, dès lors, à supposer même que la convention du 16 juillet 1886 fût valable, elle ne pourrait être opposée aux conclusions de la demanderesse, qui a droit à des dommages-intérêts pour le préjudice moral et matériel qu'elle a subi.

---

en a été dressé par l'officier de l'état civil, conformément à l'art. 31 de la loi fédérale. — L'effet de cette action est de contraindre au mariage la partie qui s'y refuse, ou, si elle persiste dans son refus, de la faire condamner à des dommages-intérêts envers l'autre partie."

73. *Handelsfrau. Grenze ihrer Verpflichtungsfähigkeit. Art. 34, 35 O. R.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 17. Juni 1887.

Eine Handelsfrau schloss mit einer den nämlichen Geschäftszweig betreibenden Firma einen Vertrag ab, zufolge welchem sie eine Verwandte als Lehrtochter in letzteres Geschäft gab. In dem Vertrage war für einen gewissen Fall eine Conventionalstrafe verabredet, und die Firma, welche die Lehrtochter angenommen hatte, glaubte dieselbe in der Folge geltend machen zu können und klagte sie gegen die Handelsfrau ein; letztere wandte ein, sie sei aus dem Vertrage nicht verpflichtet, da die Unterbringung einer Lehrtochter an einem dritten Orte nicht zu denjenigen Geschäften gehöre, aus welchen eine Geschäftsfrau gemäss Art. 34 und 35 O. R. verpflichtet werde. Das Obergericht wies auch dem entsprechend die Klage ab.

Motive: Da die gesetzlichen Bestimmungen über die volle Handlungsfähigkeit der Ehefrauen („Handelsfrauen") ohne Zweifel singularrechtlicher Natur sind und nicht etwa gegenüber den die Handlungsfähigkeit der Frauen einschränkenden Bestimmungen die Regel bilden, so sind sie enge zu interpretieren und es darf der Richter nicht über die vom Gesetzgeber vorgezeichnete Grenze hinausgehen. Das Gesetz hat aber die Vertrags- und Verpflichtungsfähigkeit der Handelsfrauen blos mit Rücksicht auf diejenigen Geschäfte statuiert, welche zum regelmässigen Betriebe des von der Handelsfrau betriebenen Gewerbes gehören. Dadurch sind ebensowohl solche Geschäfte ausgeschlossen, welche den Gewerbebetrieb gar nicht berühren, als auch solche, welche über den ordentlichen Betrieb hinausgehen. Es mag nun wohl zugegeben werden, dass es für ein Geschäft von grossem Interesse ist, tüchtige Kräfte zu besitzen und heranzuziehen, und dass in manchen Fällen auch die Ausbildung solcher Kräfte von grosser Bedeutung für den Geschäftsherrn ist. Allein man würde doch zu weit gehen, wenn man den Abschluss eines darauf hinzielenden Vertrages als ein in den regelmässigen Rahmen eines Gewerbes gehörendes Geschäft betrachten wollte.

---

74. *Anwendbarkeit von Art. 50 O. R. oder des Brandassecuranzgesetzes bezüglich der Haftung für fahrlässig verursachten Brandschaden?*

Baselland. Urtheil des Obergerichts vom 16. März 1888.

Am 21. November 1887 brannte in Arboldswil ein Wohn-

ces agences de délivrer des renseignements sur une personne, qu'elle soit commerçante ou pas, ne saurait être illimité.

Attendu, en effet, que ces agences, qui font profession de fournir, à prix d'argent, toute espèce de renseignements sur l'honorabilité et la solvabilité des citoyens, sont tenues d'agir avec prudence et circonspection.

Qu'elles ne peuvent répandre à la légère des bulletins de renseignements relatifs à l'honneur et à la fortune des citoyens, sans être tenues vis-à-vis d'eux à réparer le dommage qu'elles pourraient avoir causé.

Qu'alors même que de tels bulletins auraient été communiqués contre la volonté de l'agence, celle-ci ne pourrait se prévaloir de leur caractère confidentiel pour décliner toute responsabilité.

Qu'en effet, le principal intéressé dans un bulletin de renseignements est celui qui y est spécialement visé, puisque c'est lui qui ressentira le plus directement les effets d'un acte dans lequel il ne peut intervenir, qui se forme et s'exécute à son insu, et contre les erreurs duquel il est impuissant à réagir.

Que les circonstances dans lesquelles le bulletin est délivré exigent donc qu'il soit strictement interprété contre l'agent; qu'il n'est pas nécessaire que celui-ci ait agi de mauvaise foi ou avec intention de nuire, mais qu'il suffit que les renseignements mauvais ou inexacts aient été donnés légèrement et sans avoir été contrôlés soigneusement, pour qu'il y ait faute de la part de l'agent.

Considérant, en outre, qu'à teneur des art. 50 et suivants C. O., chacun est responsable de l'atteinte qu'il porte intentionnellement ou par son imprudence aux droits d'autrui, soit par des actes matériels, soit par la simple énonciation d'une opinion.

Considérant que, dans l'espèce, il y a lieu d'appliquer les principes posés ci-dessus.

Considérant, en outre, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la moralité dite commerciale et une autre moralité.

Que, par son essence même, la moralité est indivisible, puisqu'elle se rattache à la personne elle-même, que cette personne soit commerçante ou pas.

Que, du reste, si certains bulletins de renseignements produits en la cause parlent de moralité commerciale, il n'en est pas de même du bulletin délivré par R. qui dit simplement „moralité et antécédents“.

Considérant que l'allégation de R., disant que la moralité de W. laisse à désirer, n'est nullement justifiée en présence des circonstances de la cause, et qu'elle a été émise par le bureau R. à la légère et sans avoir été préalablement contrôlée.

Considérant, en ce qui concerne le dommage subi par W., que le renseignement délivré par le bureau R. n'a été communiqué qu'à W. lui-même et qu'il n'a pas été rendu public.

Que, dès lors, il n'a pas eu pour effet d'entraver en quoi que ce soit la marche du commerce de W.

Que, du reste, ce bulletin était exact en ce qui concerne l'appréciation de la position financière de W.

Qu'ainsi ce dernier n'a subi aucun préjudice matériel.

Mais, attendu qu'en alléguant que W. avait une moralité et des antécédents qui laissaient à désirer, R. a atteint le demandeur dans son honneur et dans sa situation personnelle.

Que, par ce fait, W. a souffert un préjudice moral que R. doit être tenu de réparer.

Qu'une somme de cinq cents francs paraît suffisante à cet effet.

---

76. *Action en dommages-intérêts. Accident d'un ouvrier. Responsabilité du patron. Art. 62 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 16 janvier 1888 d. l. c. Orguelt c. Vienny.

Vienny avait chargé un de ses ouvriers, le sieur Roset, d'établir un pont devant servir à exécuter un travail de réparations, contre la face de la maison du sieur Delarue à H. Roset ayant fait observer à V. qu'il ne pouvait exécuter seul ce travail, celui-ci lui adjoignit l'ouvrier Orguelt; O. et R. établirent le pont de manière à ce que l'une des extrémités reposait sur l'un des battants d'une porte qu'ils avaient ouverte, le milieu sur l'autre battant et l'autre extrémité sur une corde fixée au toit. A un moment donné, O. et R. s'étant trouvés ensemble sur l'extrémité qui ne reposait pas sur la corde, le pont fit un mouvement comme s'il allait basculer, et O. tomba ou sauta à terre; dans cette chute, il se donna une entorse du pied, pour laquelle il a dû être soigné à l'hôpital. Il réclame à V. le paiement de 1500 fr. à titre de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il a souffert ensuite de cet accident, prétendant que l'échafaudage avait été mal

établi par Roset faisant fonctions de contremaître, que R. l'avait empêché de consolider le pont qui a basculé, et que V. est responsable des suites de cette négligence, en vertu de l'art. 62 C. O., aux termes duquel le patron est responsable du dommage causé par ses employés dans l'accomplissement de leur travail. Le tribunal civil a débouté O. de sa demande et la Cour de Justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: Attendu qu'il ne résulte pas des enquêtes que l'appellant fût sous les ordres de R., mais qu'ils étaient tous deux ouvriers chargés conjointement d'un travail, et que la faute qu'ils ont commise dans l'exécution de ce travail, incombe en entier aussi bien à l'un qu'à l'autre d'entre eux;

Que le travail dont O. et R. étaient chargés, était un travail relativement facile, ne nécessitant pas la surveillance du patron;

Qu'au surplus, O. et R. ont été avisés par un témoin, homme du métier, qu'ils n'étaient pas en sûreté sur le pont qu'ils avaient établi et que, malgré cet avertissement, ils ont passé outre;

Que dans ces circonstances, faire application à l'intimé des dispositions de l'art. 62 C. O., serait rendre le maître ou le patron responsable envers son ouvrier du dommage causé par cet ouvrier lui-même, ce qui est impossible;

Attendu qu'il n'est pas établi que V. ait commis personnellement aucune faute, ni aucune négligence, dont il puisse être rendu responsable.

---

77. *Abtretung von Lebensversicherungspolicen. Verträge zu Gunsten Dritter. Art. 128, 184 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 28. Januar 1887.

Ueber die Verlassenschaft des Joseph A., der bei der schweizerischen Rentenanstalt in Zürich auf sein Ableben hin für 3000 Fr. versichert war, brach in Folge Erbverzichts der Concurs aus. Die Wittwe gab die in ihrem Besitz befindliche Police nach anfänglicher Weigerung dem Gemeindspräsidenten heraus, beanspruchte aber Eigenthum daran, weil ihr Mann ihr dieselbe unter diesem Titel übergeben, die Versicherung überhaupt zu ihren Gunsten eingegangen habe, und die Police ein Inhaberpapier und in ihrem rechtlichen Besitze sei, sie somit auch allein befugt sei, die Ansprüche an die Versicherungsgesellschaft geltend zu machen. Die Concursgläubiger vindicierten nun die Police zu Handen der

Concursmasse, und das Obergericht sprach ihnen ihr Begehren zu.

Motive: Allerdings erklärt die Gesellschaft in der Versicherungsurkunde, dass sie bei Ableben des Jos. A. die Versicherungssumme „dem Policeninhaber“ zusichere. Und § 19 der Statuten sagt: „Der Inhaber der Police gilt als redlicher Besitzer, die Rentenanstalt zahlt rechtsgültig an ihn und sie zahlt in der Regel nur an den Inhaber.“ Diess ist aber nur so zu verstehen, dass hienach die Gesellschaft von der Verpflichtung entbunden sein will, die Legitimation des jeweiligen Inhabers zu prüfen. Dass sie nicht auch die Verpflichtung übernommen hat, immer und unbedingt an jeden Inhaber zu zahlen, ergiebt sich aus § 19 der Statuten, wonach sie das nur „in der Regel“ zu thun erklärt, also sich das Recht vorbehält, je nach Umständen vom Inhaber weitere Ausweise über seine Berechtigung zum Bezuge der Versicherungssumme zu verlangen. Das steht aber im Widerspruche mit dem für Inhaberpapiere geltenden Grundsatze, dass der Schuldner verpflichtet sei, nicht nur in der Regel, sondern unbedingt an den Inhaber zu zahlen. Ferner gilt für Inhaberpapiere, dass gegen den Inhaber keine Einreden geltend gemacht werden dürfen, welche aus dem der Schuldurkunde zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse hergeleitet werden (Art. 847 O. R.). Hier aber ist unzweifelhaft das Gegentheil der Fall .... Dass allgemeine Lebensversicherungspolicen nicht Inhaberpapiere, sondern blosse Legitimationspapiere sind, wird übrigens in Wissenschaft und Gerichtspraxis durchweg anerkannt. — Demgemäss ist die behauptete Eigenthumsübertragung bezüglich ihrer formellen Wirksamkeit einfach nach den Grundsätzen über Abtretung von Forderungen zu beurtheilen. Die vorgeschützte Abtretung scheitert aber gegenüber der Klägerschaft als dritter Person an der Vorschrift des Art. 184 O. R., da die hienach erforderliche schriftliche Beurkundung derselben zugestandenermassen nicht stattgefunden hat. — Die weitere Behauptung der Beklagten, die Versicherung sei zu ihren Gunsten eingegangen worden, würde voraussetzen, dass sie rechtlich als Vertrag zu Gunsten Dritter construiert und beurtheilt werden könnte. Damit aber die Beklagte als Dritte ohne Weiteres aus dem Vertragsabschlusse Rechte erworben hätte, müsste gefordert werden, dass ersichtlicherweise die Leistung zu ihren Gunsten bedungen worden wäre (Art. 128 O. R.). Die Police nun bezeichnet eine solche dritte Person als aus dem Vertrage berechtigt nicht. Die Angabe

des Agenten der Gesellschaft in seiner Begutachtung der Versicherung, dass Zweck derselben „Vorsorge für die Familie“ sei, ist ohne rechtliche Bedeutung. Dieses Motiv, selbst wenn es sich auf die eigene Angabe des Versicherten stützt, hätte an und für sich noch nicht bedingt, dass nach der Intention des letzteren die Versicherungssumme im Voraus der „Familie“ desselben, in deren Sorge die Versicherung angeblich abgeschlossen wurde, zukommen solle. So lang dieses Motiv nicht wenigstens erkennbar zu Tage getreten ist, liegt kein zureichender Grund vor, es ohne Weiteres als vorhanden vorauszusetzen. Es bleibt ja immer möglich, dass der Versicherte zunächst andere Zwecke, z. B. Sicherstellung der Gläubiger oder Bürgen, oder einfach den Zweck einer Capitalanlage im Auge hatte.

---

78. *Prescription. Applicabilité de l'art. 147 § 1 C. O. (prescription des intérêts).*

Neuchâtel. Arrêt du Tribunal cantonal du 9 juillet 1887 d. l. c. Société de Crédit mutuel en liquid. c. la masse en faillite Chapuis.

Chapuis a été secrétaire personnel du gérant de la Société de Crédit mutuel et a profité de cette situation pour commettre au préjudice de la Société des détournements successifs dès 1865 à 1883 dont le chiffre total s'élève à fr. 180,710. 70. Ces détournements n'ont été découverts qu'en janvier 1886, et la découverte a été suivie de l'arrestation de Chapuis, de sa condamnation à 5 ans de détention et de sa mise en faillite. Par son inscription dans la faillite la Société de Crédit mutuel (demanderesse) se porte créancière

1. du total des capitaux détournés . . .	fr.	180,710. 70
2. des intérêts 6% de ces capitaux dès la date de chaque détournement au jour de la faillite, suivant compte courant annexé	„	231,056. 80
3. à titre de dommage général	„	200,000. —

La masse Chapuis (défenderesse), quant à la somme de fr. 94,626. 30 montant des capitaux détournés dans la période de 1865 à 1872, oppose la prescription acquise au moment de la promulgation du C. O. et de dix ans aux termes de l'art. 1817 du Code civ. neuch. Cette question de droit cantonal ne nous regarde pas ici. Quant aux intérêts, elle oppose la prescription de 5 ans suivant l'art. 147 § 1 C. O., et quant au dommage général, elle conteste qu'il en soit dû à l'inscrivante et d'aucune sorte. Le Tribunal cantonal a liquidé l'inscription à la somme totale de fr. 180,710. 70, a ajouté

les intérêts simples au taux du 5 pour cent l'an de chaque détournement dès la date de chacun d'eux au jour de la faillite, et a condamné la masse Ch. aux frais du procès.

Motifs quant aux intérêts et au dommage général:

1. Attendu que si l'art. 147 § 1 C. O. porte que l'intérêt des capitaux est prescrit par 5 ans, c'est qu'il y a présomption que le créancier, qui laisse échoir une série d'intérêts pendant un laps de temps prolongé, sans les réclamer, en a fait virtuellement abandon, des plus arriérés du moins;

Qu'une présomption semblable n'est pas admissible, dans l'espèce, alors que le Crédit mutuel ignorait qu'il eût une créance contre le failli;

Que de plus, d'après les art. 110 ss. C. O., les intérêts sont dus de plein droit en réparation d'un dommage causé, soit du capital, son équivalent, et dont ils sont la suite légale;

Que toutefois, l'intérêt normal est celui du 5% et qu'il n'est productif à son tour d'un intérêt qu'autant qu'il l'avait été convenu.

2. Attendu que le juge apprécie tout dommage réclamé en toute liberté et sans déduire ses motifs pour n'en accorder même aucun;

Qu'en tenant compte des circonstances de la cause, le dommage général se réduit aux frais du procès.

---

79. *Erwerb eines Faustpfandrechts. Präsumtion der bona fides des Erwerbers. Art. 213 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 27. Jan. 1887.

Frau D. bestellte dem B. O. Faustpfandrecht an einer Gült von Fr. 200. In ihrem Concurse bestritt ihre Mutter dieses Pfandrecht, weil sie Eigenthümerin der Gült sei, die ihr auf unaufgeklärte Weise abhanden gekommen, und O. nicht gutgläubiger Erwerber sei, wie aus einem Briefe desselben an Frau D. vom 17. Nov. 1885 hervorgehe. O. klagte daher auf Anerkennung seines Pfandrechts gegen die Mutter der Frau D. und das Obergericht gab ihm Recht.

Motive: Da der Besitz des Klägers bis zum Nachweise des Gegentheils als ein gutgläubiger zu präsumiren ist, so hat in Hinsicht auf Art. 213 O. R. der Kläger, mag es sich mit der Begebungsberechtigung der Frau D. so oder anders verhalten, ein gültiges Pfandrecht an dem streitigen Objecte erworben. Wenn sich die Bekl. zur Bestreitung der Gutgläubigkeit auf den Brief vom 17. Nov. 1885 beruft, so kann

das in massgebender Weise nichts ändern. Allerdings ist darin von „Scherereien und Schwierigkeiten" die Rede, welche die Bekl. bei der Liquidation der Gült erheben möchte. Aber der Brief ist erst geraume Zeit nach der Verpfändung geschrieben und beweist also nicht, ob in dem massgebenden Momente der Verpfändung dem Kläger das wirkliche Rechtsverhältniss bekannt gewesen sei. Er beweist auch in keinem Falle mehr, als dass dem Kläger die ursprüngliche Eigenthumsberechtigung der Bekl. im Wissen gewesen sei, was übrigens aus der Gült selbst angesichts der Eigenschaft der Bekl. als Errichterin ersichtlich gewesen wäre. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass Frau D. nicht gleichwohl über die Gült verfügungsberechtigt sein könnte in Folge Uebertragung des Eigenthums oder sonstiger Einräumung des Verfügungsrechts Seitens der Bekl. Noch in einem Briefe v. 2. Jan. 1886 behauptet auch Frau D. mit Entschiedenheit, sie habe die Gült von der Mutter erhalten und sei im Besitze eines rechtsgültigen Abtretungsactes. Die von Gesetzeswegen zu vermuthende Gutgläubigkeit des klägerischen Besitzes ist daher zum Mindesten nicht widerlegt.

---

80. *Verpfändung von Schuldtiteln. Indossable Papiere. Retentionsrecht. Art. 214, 215, 224, 637 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 25. Mai 1888 i. S. Concursmasse Hübsch c. Basler Check- und Wechselbank.

Am 21. Sept. 1887 nahm der im Handelsregister eingetragene Hermann Hübsch bei der Basler Check- und Wechselbank gegen Verpfändung von Forderungstiteln ein Darlehn von Fr. 7500 auf unter Ausstellung einer Urkunde genannt „Verschreibung von Faustpfandhinterlage" folgenden Inhalts: „Unterzeichneter H. H. anerkennt hiemit von der B. Ch. und W. B. die Summe von Fr. 5500 und Fr. 2000 dargeliehen erhalten zu haben gegen nachverzeichnete an die Ordre der B. Ch. und W. B. von mir ausgestellte und in meinem Domicil bei der B. Ch. und W. B. zahlbare Eigenwechsel ..... Als Sicherheit für dieses Darlehn habe ich derselben die anderseits verzeichneten Werthpapiere faustpfändlich hinterlegt u. s. w. (sig.) H. Hübsch." Auf der Rückseite der Urkunde befand sich das vom Verpfänder nicht unterzeichnete Verzeichniss der hinterlegten Werthpapiere.

Am 2. Nov. 1887 nahm Hübsch gegen Hinterlage weiterer Titel ein neues Darlehn von Fr. 15,000 auf, ohne dass eine besondere Urkunde aufgenommen wurde; die Fr. 15,000

wurden einfach von der B. Ch. und W. B. in die alte Urkunde hineincorrigiert mit Beifügung des Datum vom 2. Nov. 1887, und auf der Rückseite die neu verpfändeten Titel nachgetragen.

Hübsch starb am 7. Jan. 1888 und über seinen Nachlass wurde in Folge Erbverzichts der Concurs erklärt. Die B. Ch. und W. B. machte ihr Pfandrecht an den hinterlegten Titeln geltend. Die Concursbehörde bestritt das Pfandrecht bezüglich der am 2. Nov. 1887 übergebenen Titel, nämlich einer Obligation der Basellandschaftlichen Hypothekenbank, 20 Actien der Aargauischen Bank und 10 Actien der Hypothekar- und Leihcasse Lenzburg; aus folgenden Gründen: Die Titel lauten auf den Namen der Frau Hübsch und sind von ihrem Ehemann mit seinem Blancoindossament versehen; dieses letztere kann aber die Nominativtitel nicht zu indossabeln Papieren machen; die Actien sind ausserdem nur unter Bedingung der Anzeige an die betreffenden Actiengesellschaften übertragbar; für Verpfändung dieser Titel ist daher einzig Art. 215 O. R. massgebend, wonach die Gültigkeit der Verpfändung durch das dreifache Erforderniss der Benachrichtigung des Schuldners, der Uebergabe des Schuldscheins an den Gläubiger und die schriftliche Beurkundung der Verpfändung geknüpft ist; von diesen drei Requisiten ist blos das zweite (Schuldscheinübergabe) erfüllt. Auch ein Retentionsrecht der Bank besteht nicht, denn die Titel sind keine Werthe im Sinn von Art. 224 O. R. und zwischen der Forderung der Bank und dem Gegenstand der Retention besteht kein Zusammenhang. Die Beklagte (die Check- und Wechselbank) wendet ein, die schriftliche Beurkundung liege in gültiger Weise vor, indem die nachträglichen Einschiebungen mit Willen des Schuldners erfolgt seien; die betr. Titel seien zudem nach allgemeiner Verkehrssitte als indossable Papiere anzusehen und das vom verfügungsberechtigten Ehemann der Eigenthümerin darauf gesetzte Blancoindossament mache sie sogar zu reinen Inhaberpapieren, da kraft dieses Indossaments jeder Inhaber ohne Weiteres darüber disponieren könne. Es komme also Art. 214, nicht Art. 215 O. R. zur Anwendung. Eventuell beansprucht die Beklagte Retentionsrecht, da jedenfalls die Titel Werthpapiere im Sinn des Art. 224 O. R. seien.

Das Civilgericht verurtheilte die Bekl. zur Herausgabe der Obligation der Basellandschaftlichen Hypothekenbank und wies die klägerische Concursbehörde mit ihrem weitern Begehren bezüglich der Actien ab. Nachdem das Urtheil aus-

geführt, dass in Bezug auf die streitigen Titel ein schriftlicher Pfandact nicht bestehe, indem der Pfandschuldner seinen Willen, diese Titel zu verpfänden, nicht selber schriftlich erklärt habe, fährt er fort:

Da nach dem Gesagten eine schriftliche Urkunde über die Verpfändung der streitigen Titel nicht vorliegt und überdies auch keine Anzeige an die Schuldner derselben stattgefunden hat, so kann sich der Anspruch der Beklagten auf Befriedigung aus dem Erlös der Titel jedenfalls nicht auf § 215 O. R. stützen.

Zur Entscheidung der Frage, ob der Anspruch der Beklagten nach § 214 oder § 224 O. R. gerechtfertigt sei, muss die Natur der Titel näher ins Auge gefasst werden.

Was zunächst die Actien anbetrifft, so sind Actien im Allgemeinen durch Indossament übertragbar, also indossable Papiere (§ 637 Abs. 2 und 3 O. R.). Jedoch ist nach Abs. 2 cit. zulässig, die Uebertragbarkeit durch Statutenbestimmung auszuschliessen. Bezüglich der vorliegenden Actien ist nun die Uebertragbarkeit nicht ausgeschlossen, sondern nur an das Requisit der Anzeige an die Gesellschaft geknüpft.

Vergl. Actienschein der Hypothekar- und Leihcasse Lenzburg: „die Actien sind unter Anzeige an die Casse übertragbar.“

Actien der aarg. Bank; § 4 der Statuten:

„Die Actien werden auf den Namen der Uebernehmer „ausgestellt; sie sind übertragbar und veräusserlich. Jede „Uebertragung, um gültig zu sein, muss der Bank ange„zeigt werden.“

Durch diese Anzeigepflicht ändert sich aber der Character der Actien als indossabler nicht; denn der Indossatar kann jeder Zeit durch die vorschriftsgemässe Anmeldung unter Vorlegung der indossierten Actie die Wirksamkeit der Uebertragung auch gegenüber der Gesellschaft herbeiführen (Art. 637 Abs. 4 O. R.). Er ist also im Falle, die durch die Actie begründeten Rechte auszuüben. — Da nach dem Gesagten die eingeklagten Actien als indossable Papiere anzusehen sind, und für solche zur Bestellung des Pfandrechts nach § 214 O. R. bloss die Uebergabe des indossierten Papiers an den Faustpfandgläubiger erfordert wird, so muss das Pfandrecht der Beklagten hier als rechtsgiltig bestellt anerkannt werden.

Dagegen ist die Obligation der basellandschaftlichen Hypothekenbank zweifellos kein indossables Papier. Nach dem Wortlaut derselben erklärt die Hypothekenbank an den

mit Namen genannten Creditor gegen diese Obligation die Summe von Fr. 2500 schuldig zu sein und verpflichtet sich, das Capital jährlich auf 15. Februar zu verzinsen und nach titelmässiger Aufkündung zurückzuzahlen. Uebertragungen sollen unter Anzeige an die Debitorin auf dem Titel vorgemerkt werden. Der Character des indossablen Papiers besteht darin, dass von vornherein der Schuldner dem im Papier genannten Creditor oder dem durch Indossament legitimierten Rechtsnachfolger Zahlung verspricht. Nur für den Wechsel (§ 727 O. R.) und die Actie (§ 637 Abs. 2 und 3) wird die Indossabilität mangels gegentheiliger ausdrücklicher Vorschrift von Gesetzeswegen angenommen. Die Obligation der Hypothekenbank verspricht nun keineswegs Zahlung an jeden durch Indossament legitimierten Inhaber, sondern nur an den namentlich genannten Creditor. Für die Uebertragung ist Anzeige an die Bank vorgeschrieben, und es ist klar, dass wenn die Anzeige unterblieben wäre, und die Bank gutgläubig an den bisherigen Creditor gezahlt hätte, sie sich damit nach § 187 O. R. gültig befreit hätte.

Demnach kann der § 213 O. R. auf diesen Titel keine Anwendung finden; ebensowenig aber der § 224; denn es fehlt dem Titel die Qualität eines Werthpapiers im Sinne dieses Artikels, da er weder indossabel ist noch auf den Inhaber lautet (vergl. Urtheil des Bundesgerichts in Sachen Hauert c. Zürcher Cantonalbank vom 21. Juni 1884 A. S. Bd. X S. 281—283 und das von der Klägerin citierte Urtheil des Bundesgerichts i. S. Metzger c. Banque cantonale Neuchâteloise vom 26./28. Sept. 1885 Bd. XI S. 376 ff.).

Die Pfandsicherheit hätte also hier nur nach den Vorschriften des Art. 215 O. R. bestellt werden können, und diese sind wie schon erwähnt nicht erfüllt worden.

---

81. *Retentionsrecht. Gegenstand desselben. Ist eine Realcautionsurkunde ein „Werthpapier“ im Sinne von Art. 224 O. R.?*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichtes vom 1. Juli 1887.

Das Obergericht bejahte diese Frage aus folgenden Gründen: Unter einem Werthpapier versteht man ein solches Papier, bei welchem das in der Urkunde verbriefte Privatrecht untrennbar mit der Urkunde verknüpft ist und dergestalt an derselben haftet, dass das Recht, einzig vorbehältlich der gerichtlichen Amortisation, ausserhalb der Urkunde keine

rechtliche Existenz hat. Dass zu den Werthpapieren nicht nur die Inhaberpapiere, sondern auch Namen- und Ordrepapiere zu rechnen sind, steht ausser Zweifel. Ebenso ist klar, dass der Gesetzgeber, indem er in Art. 224 O. R. den Ausdruck „Werthpapiere“ und nicht „Inhaberpapiere“ gebrauchte, nicht bloss letzteren die Eigenschaft als Retentionsobject beimessen wollte. Gemäss unserer cantonalen Gesetzgebung ist nun eine Realcautionsurkunde ein Papier, worin verbrieft ist, dass ein Schuldner zur Sicherstellung einer künftig einzugehenden Verbindlichkeit dem rechtmässigen Inhaber der Urkunde nach Inhalt des noch besonders zu errichtenden Privatdocumentes bis auf eine gewisse Höhe Liegenschaften verpfändet. Aus dieser Definition der Realcautionsurkunde ergeben sich folgende Rechtssätze: Pfandgläubiger ist zwar nicht jeder Inhaber der Urkunde (in diesem Falle wäre sie ein Inhaberpapier), allein doch jeder rechtmässige Inhaber derselben, mit anderen Worten, wer sich durch das Privatdocument als rechtmässiger Besitzer der Urkunde legitimiert hat, ist Pfandgläubiger. Der Uebergang der in der Urkunde verbrieften Rechte vollzieht sich durch Uebertragung des Eigenthums am Papier. Es stellen sich demnach die in einer Realcautionsurkunde verbrieften Rechte als solche dar, welche an der Urkunde haften, an dieselbe geknüpft sind. Zur Unterstützung dieser Ansicht kann noch die Thatsache angeführt werden, dass, wie bei Inhaberpapieren, so auch bei Realcautionsurkunden durch Gesetz (§ 770 P.-R.) eine wesentliche Beschränkung der nach dem allgemeinen Obligationenrechte zulässigen Einreden normiert worden ist. Einem gutgläubigen dritten Erwerber der Urkunde gegenüber dürfen solche Einreden, welche dem Veräusserer entgegengestanden wären, nur soweit geltend gemacht werden, als sie sich auf die Urkunde stützen. Wenn dies Alles in Betracht gezogen wird, so erscheint die Urkunde als die Verkörperung, als Träger der darin verbrieften Rechte, welche das Schicksal derselben theilen und ausserhalb derselben keine rechtliche Existenz haben. Solche Papiere aber, bei welchen dies der Fall ist, müssen zu den Werthpapieren gerechnet werden und es hat auf sie der Art. 224 O. R. Anwendung zu finden.

---

82. *Kauf. Gewährleistung des Verkäufers für eine besonders zugesicherte Eigenschaft der Kaufsache. Art. 243 O. R.*

Frage der Beweislast bei klageweiser Geltendmachung des Wandelungsanspruches.

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 8. März 1888 i. S. Rosenberger c. Ringger.

Der Kläger kaufte am 13. April 1887 auf dem Rapperswyler Markt vom Beklagten einen etwa 2 Jahre alten Zuchtochsen für Fr. 800. Bei der am 28. April stattgehabten Uebergabe stellte der Verkäufer Ringger dem Käufer Rosenberger einen Schein aus, in welchem es nach Beurkundung des Vertragschlusses heisst: „und garantirt ihm, dass der Ochs gut zum Züchten ist. Sollte derselbe nicht gut sein, so nimmt Unterzeichneter denselben ohne Widerrede um den gleichen Preis zurück.“ Mit Brief vom 12. Mai theilte der Kläger dem Beklagten mit, dass der Ochse zeugungsunfähig sei, und verlangte Rücknahme der Kaufsache sowie Ersatz des Kaufpreises und der Fütterungskosten. Am 31. Mai liess der Kläger den Ochsen durch einen Arzt der Thierarzneischule untersuchen, wobei absolute Impotenz des Thieres constatiert wurde. Im Beweisverfahren wurde festgestellt, dass der Ochse beim Verkäufer noch am 25. und 27. April mit Erfolg zum Züchten verwendet worden ist, andrerseits aber auch, dass derselbe am 10. Mai, als ihn der Käufer das erste Mal zum Züchten verwenden wollte, untauglich war. Ein Zeuge sagt sogar, Rosenberger habe ihm bereits am 3. Mai mitgetheilt, dass der Ochse zeugungsunfähig sei. Der Gerichtsexperte erklärte, dass sich weder die Ursache der Impotenz noch der Zeitpunkt ihres Eintrittes feststellen lasse. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen.

Motive: Die vom Verkäufer geleistete Garantie ist nach dem Wortlaute der Garantieclausel eine unbefristete und es entsteht demgemäss zunächst die Frage, ob jener nur für das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft im Zeitpunkt der Tradition einstehen, oder ob nicht vielmehr die Haftbarkeit auch für den Fall ausgesprochen werden wollte, wenn erst später ohne nachweisbares Verschulden des Käufers der den Wandelungsanspruch begründende Mangel der Zeugungsunfähigkeit zur Entstehung gelange. Die Frage ist im erstern Sinne zu beantworten, denn Mangels jeder Befristung der Garantieverpflichtung kann und darf nicht angenommen werden, dass der Verkäufer die Gefahr über den Traditionsact hinaus, d. h. auch für Zufälle habe übernehmen wollen, welche erst später eintreten und durch ihren Eintritt die garantierte Zeugungsfähigkeit vernichten sollten. Hienach ist der Wandelungsanspruch nur dann begründet, wenn sich fest-

stellen lässt, dass der verkaufte Ochse bereits im Zeitpunkt der Tradition zeugungsunfähig, beziehungsweise eine allfällig diesen Zustand bewirkende Krankheit bereits damals vorhanden gewesen ist. Diese Auffassung hat nun aber zweifellos zur Folge, dass der Kläger nicht bloss allgemein die Voraussetzung nachzuweisen hat, welche die Grundlage der Garantieleistung bildet, sondern dass ihm, um zur Gutheissung des Klagebegehrens zu gelangen, überdiess noch der Beweis obliegt, dass jene Voraussetzung schon zur Zeit des Kaufsabschlusses bezw. der Tradition vorhanden gewesen sei. Denn da es sich um die Wandelungsklage, d. h. um den Anspruch auf Aufhebung eines beidseitig erfüllten Vertrages handelt, so kommt nur in Frage, ob die den Wandelungsanspruch begründenden gesetzlichen oder vertraglichen Voraussetzungen vorhanden seien, und dass sich das so verhalte, hat im Bestreitungsfalle derjenige zu beweisen, welcher darauf gestützt, die Aufhebung des Vertrages zu erzielen sucht. Dieser Beweis ist in keiner Weise erbracht. Es steht nicht einmal fest, auf welche Ursache die eingetretene Zeugungsunfähigkeit zurückzuführen sei, geschweige denn, dass constatiert oder auch nur wahrscheinlich gemacht wäre, dass dieser Mangel bezw. ein denselben allfällig bewirkender Krankheitszustand bei der Uebergabe des Thieres an den Käufer schon vorhanden gewesen sei. Der Umstand, dass derselbe jedenfalls bald nachher zu Tage getreten, begründet zwar eine gewisse Vermuthung in dieser Richtung; allein damit ist ein rechtsgenügender Beweis noch keineswegs hergestellt, und das um so weniger, als auf der andern Seite die von einer Reihe von Zeugen bekundete Thatsache, dass der Ochse in der allerletzten Zeit vor der kaufsweisen Uebergabe noch mit Erfolg zum Züchten verwendet worden sei, doch auch wieder dafür spricht, dass derselbe im entscheidenden Zeitpunkt die Eigenschaft, für deren Vorhandensein garantiert wurde, besessen habe.

---

83. *Eigenthumsvorbehalt. Unzulässigkeit desselben bei Verkauf und Uebergabe einer Sache. Art. 264 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 3. März 1888 i. S. Concursmasse Welti c. Kaufmann.

Laut Schein vom 25. April 1887 kaufte Anna Welti von H. Kaufmann zwei Kühe um Fr. 900, zahlbar in drei Terminen; Verkäufer behielt sich das Eigenthumsrecht bis zur Abzahlung vor. Am 23. Nov. gerieth die W. in Concurs

und K. vindicierte gestützt auf seinen Schein die zwei Kühe nebst einem inzwischen von einer der Kühe geworfenen Kalbe. Die Concursmasse bestritt diese Ansprache, da kein eigentlicher Eigenthumsvorbehalt vorliege und ein solcher auch unzulässig wäre. Eventuell könne der Eigenthumsvorbehalt sich nicht auch auf das Kalb beziehen, indem dasselbe als Ersatz für Fütterung und die fehlende Milch zu betrachten sei. Die erste Instanz fand, dass die Verkaufsurkunde einen ausdrücklichen Eigenthumsvorbehalt enthalte, sprach also dem Verkäufer die zwei Kühe zu, nicht aber das Kalb, welches im Wege der Compensation für seine Verwendungen dem Käufer gebühre. — Hiegegen appellierte die Concursmasse, weil ein Eigenthumsvorbehalt an einer verkauften Sache unzulässig sei, einem Pfandrecht gleich käme, und Art. 264 O. R. sich nur auf ein persönliches Recht des Verkäufers, die Sache zurückzuverlangen, beziehe. Das Obergericht erklärte die Appellation als begründet.

Motive: Im schweiz. O. R. findet sich keine Bestimmung, dass der Eigenthumsvorbehalt als gültig zu betrachten sei. Art. 264 O. R. sagt lediglich, dass wenn der Kaufsgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen sei, der Verkäufer wegen Verzugs des Käufers dann vom Vertrage zurücktreten könne, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten habe. Es ist das aber ein blos obligatorisches Recht, und hat keine dingliche Wirksamkeit. Allerdings erklärt das schweiz. O. R. den Eigenthumsvorbehalt nicht ausdrücklich als ungültig und mehrere Commentatoren (Schneider u. Fick zu § 199 Anm. 3, zu § 264 Anm. 4, Hafner zu § 199 Anm. 3, zu § 264 Anm. 2, Haberstich Handbuch I S. 300) sprechen sich dahin aus, dass ein solcher Vorbehalt rechtskräftig sei. Das thurg. Obergericht theilt jedoch diese Ansicht nicht; es hält dafür, dass der Eigenthumsvorbehalt mit den Grundsätzen, welche das O. R. in Bezug auf die Möglichkeit der Verpfändung von Mobilien aufstellt, unvereinbar und desshalb unzulässig sei.[1])

Art. 219 des Entwurfes des O. R. vom Juli 1879 lautete folgendermassen:

„Bleibt der veräusserte Gegenstand im Gewahrsam des Veräusserers zurück, so geht das Eigenthum nur insofern über, als nicht eine Benachtheiligung der Gläubiger beabsichtigt wurde.

---

[1]) Vgl. dagegen oben Nr. 15 und Nr. 66 am Schlusse.

Ist die veräusserte Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergegangen, so sind Verabredungen, durch welche der Veräusserer zum Nachtheile der Gläubiger des Erwerbers sich das Eigenthum vorbehält, ungültig."

Die Botschaft des Bundesrathes zum Gesetzesentwurf (E 4) des O. R. vom 27. November 1879 bemerkt hiezu auf S. 58 und 59:

„In Art. 219 hat man Bestimmungen über gewisse Rechtsgeschäfte aufgenommen, die ganz besonders häufig von bedrängten Schuldnern zur Benachtheiligung ihrer Gläubiger eingegangen wurden, nämlich über das sogen. constitutum possessorium einerseits und das sogen. pactum reservati dominii andererseits..... Das letztere, die Uebertragung des Besitzes der Sache auf Grund eines Veräusserungsvertrages mit der Verabredung, dass das Eigenthum beim Veräusserer zur Sicherheit einer Forderung desselben, z. B. bezüglich des Kaufpreises, zurückbleiben solle, wird geradezu den anderen Gläubigern des Besitzerwerbers gegenüber für unwirksam erklärt. Dieses Verbot des pactum reservati dominii, obwohl dem bisherigen Rechte völlig fremd, hat insofern durchaus nichts Auffallendes, als es mit den Principien im Einklang steht, welche der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte (Code civil 2076, code de com. 92) und der Mehrzahl der cantonalen Rechte der Lehre vom Pfandrecht an beweglichen Sachen in den Art. 227 (O. R. 210) und 235 (O. R. 219) zu Grunde gelegt hat. Nach Art. 227 soll keinerlei vertragsmässiges Pfandrecht an beweglichen Sachen oder Inhaberpapieren errichtet werden können, welche im Gewahrsam des Verpfänders verbleiben. Es soll überhaupt nur ein wirkliches Faustpfandrecht an beweglichen Sachen durch Vertrag errichtet werden können. Ja, nach Art. 235 verliert ein an sich gültig entstandenes Faustpfandrecht seine Wirksamkeit, sobald die Sache mit Zustimmung des Gläubigers wieder in den Gewahrsam des Verpfänders gelangt. Durch diese Principien der Art. 227 und 235 wird sehr tief nur in diejenigen cantonalen Rechte eingeschnitten, welche in ähnlicher Weise, wie das zürch. Gesetzbuch, Pfandrechte an beweglichen Sachen, die im Besitze des Schuldners verbleiben (hypotheca im engeren Sinn), gestatten..... Mit den Principien der Art. 227 und 235 steht die im Art. 219 Absatz 2 enthaltene Bestimmung insofern vollkommen im Einklang, als durch das sogen. pactum reservati dominii im Grunde genommen unter dem äusseren Scheine eines Eigenthumsrechtes nur ein sehr weit gehendes Pfandrecht des Veräusserers an der im Besitze seines Schuldners befindlichen Sache bezweckt wird."

Der Art. 281 des Entwurfes des O. R. von 1879 bestimmte:

„Ist der Kaufgegenstand vor geleisteter Zahlung in den Gewahrsam des Käufers übergegangen und erklärt der Verkäufer wegen Verzuges des

Käufers den Rücktritt, so fällt das Eigenthum nicht von Rechtes wegen an den Verkäufer zurück; dieser hat aber eine Forderung auf Rückübertragung."

Die nationalräthliche Commission fand jedoch (Bericht vom November 1880, B. B. 1881 I S. 174), dass ein solches Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag bis jetzt in keinem Theil der Schweiz angenommen worden sei; die deutsch-schweizerischen Gesetzbücher kennten es nur, wenn ein ausdrücklich dahin zielender Vorbehalt gemacht worden sei (zürch. priv. G. B. §§ 1443, 1452—55). Sie beantragte desshalb, dass der Verkäufer nach der Uebergabe des Kaufgegenstandes nur dann vom Vertrage zurücktreten dürfe, wenn er sich ein solches Recht beim Abschluss des Vertrages ausdrücklich vorbehalten habe. Andere Vorbehalte, z. B. denjenigen des Eigenthums (vergl. Art. 219 Al. 2), lasse dieser Vorschlag unberührt; er beschränke sich darauf, gegenüber dem allgemeinen Princip des Art. 130 des Entwurfes (Art. 122 O. R.) eine Ausnahme zu statuieren. Dieser Antrag der Commission wurde vom Nationalrathe angenommen.

In das Gesetz über das O. R. ist die Bestimmung des § 219 Lemma 1 des Entwurfes über das constitutum possessorium in der Form übergegangen, dass dasselbe Dritten gegenüber unwirksam sei, falls eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt worden sei (§ 202 O. R.), das 2. Lemma des § 219 des Entwurfes, enthaltend das Verbot des Eigenthumsvorbehaltes, ist gestrichen worden, aus welchem Grunde, ist dem Richter unbekannt und nirgends ersichtlich. Es ist möglich, dass man die Bestimmung als überflüssig, weil selbstverständlich, erachtete, oder dass man diesen Punkt der Praxis überlassen wollte; es ist gedenkbar, dass man den Entscheid der Frage dem eidg. Rechtstriebs- und Concursgesetz vorbehalten wollte, wie auch über die Frage der Anfechtung anderer Geschäfte, welche die Benachtheiligung der Gläubiger zum Zweck haben können (actio Pauliana).

Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber sich mit den Principien, welche er in Bezug auf den Eigenthumsübergang und das Pfandrecht an Mobilien aufgestellt hat, in solchen Widerspruch habe setzen wollen, dass der Eigenthumsvorbehalt gestattet sein soll. § 199 O. R. sagt, dass zum Eigenthumsübergang Besitzesübertragung (Tradition) erforderlich sei (§ 217 E 4). Eine Ausnahme von dieser Regel besteht beim constitutum possessorium (§ 202 O. R.), eine weitere Ausnahme ist im Gesetz nicht aufgeführt, der Eigenthumsvorbehalt wäre aber gerade eine solche. Da er

nicht ausdrücklich erwähnt ist, kann er nicht als solche Geltung haben. In § 210 O. R. ist bestimmt, dass ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden könne; die Bestellung geschehe durch Uebergabe der Sache an den Pfandgläubiger; und § 219 O. R. schreibt sogar vor, dass das Faustpfandrecht seine Wirksamkeit verliere, so lange sich das Pfand mit Willen des Faustpfandgläubigers im Gewahrsam des Verpfänders befinde. Ein sog. Eigenthumsvorbehalt wäre aber in That und Wahrheit nur ein Pfandrecht des Veräusserers an der im Besitze des Schuldners befindlichen Sache, somit ein gesetzwidriges Sicherungsmittel. Das Obergericht kann, so lange nicht ganz zwingende Anhaltspunkte dafür vorliegen, nicht annehmen, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des O. R. so inconsequent gewesen sei, dass er auf der einen Seite das Pfandrecht an Mobilien mit Ausnahme des Faustpfandes ausschloss und sodann andererseits durch Zulassung des Eigenthumsvorbehaltes den durch erstere Bestimmung beabsichtigten Zweck wieder vollständig zerstört habe. Eigenthumsvorbehalt und Zulassung des Pfandrechtes an Mobilien sind allerdings ihrer Construction nach verschiedene Rechtsinstitute, ihrer Zweckbestimmung nach sind sie im Wesentlichen gleichbedeutend, das Verbot des einen schliesst desshalb die Zulassung des anderen aus.

---

84. *Schadenersatzklage eines Dienstknechtes gegen seinen Dienstherrn wegen einer bei dienstlichen Verrichtungen erlittenen Verletzung. Anrufung des Art. 400 Abs. 2 und 65 O. R. seitens des Klägers.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 10. April 1888 i. S. Gysel c. Heer.

Der beim Beklagten als Fuhrknecht angestellte Kläger hatte am 16. April ein an „Kummetdruck“ leidendes Pferd an der wunden Stelle mit Seifengeist einzureiben. In Folge des Schmerzes schnellte das Pferd mit dem Kopfe in die Höhe, wobei die linke Hand des Klägers unter den um den Hals des Thieres geschlungenen Strick gerieth und der Mittelfinger zerrissen bezw. zerquetscht wurde. Der klägerische Anspruch auf Bezahlung einer Schadenersatzsumme von Fr. 800 wurde darauf gegründet, dass hier ein Mandat vorliege, weil Kläger mit den betreffenden Einreibungen speciell beauftragt worden, der Schaden aus dem Auftrag erwachsen, somit nach Art. 400 Abs. 2 O. R. vom Auftraggeber zu

tragen sei. Dieser könne auch nicht die Abwesenheit jedes Verschuldens seinerseits behaupten, da er das Angebundensein des Pferdes an einem langen Strick nicht nur geduldet, sondern auch eine vom Kläger verlangte Halfter nicht geliefert habe. Beklagter sei abgesehen davon auch schon nach Art. 65 O. R. haftbar. Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Wie auch die erste Instanz anzunehmen scheint, ist die körperliche Verletzung des Klägers, aus welcher der Schadenersatzanspruch hergeleitet wird, herbeigeführt worden bei Verrichtung von Diensthandlungen, welche dem Kläger als Knecht oblagen, nicht etwa bei einer Thätigkeit, welche über die Verpflichtungen aus dem mit dem Dienstherrn abgeschlossenen Dienstvertrage hinausgeht. Der Beklagte betreibt die Fuhrhalterei im Kleinen, nicht etwa in dem Umfange, welcher eine besondere, derjenigen aus Fabrikbetrieb ähnliche Haftpflicht begründen würde und wo demnach auch die gegenseitigen Verpflichtungen von Dienstherr und Knecht einer schärfern Ausscheidung bedürften. Er hat nur 2 Knechte. Bei solchen Verhältnissen, ähnlich wie beim landwirthschaftlichen Betriebe, sind die Verpflichtungen eines Dienstknechtes ziemlich dehnbare und insbesondere kann es im vorliegenden Falle nicht als eine über den gewöhnlichen Dienstvertrag hinausgehende Zumuthung betrachtet werden, wenn der in der Behandlung von Pferden bewanderte Knecht, sei es durch einmaligen, sei es durch wiederholten Befehl, damit beauftragt wurde, ein durch Kummetdruck am Halse verletztes Pferd dès Dienstherrn zu pflegen, insbesondere täglich die Wunde mit Seifengeist einzureiben. Aus dieser Annahme folgt nun ohne Weiteres, dass der vom Kläger angerufene Art. 400 O. R., welcher das Mandat beschlägt, hier nicht zur Anwendung kommen kann. Es ergibt sich daraus aber auch, dass im Fernern die Anrufung des Art. 65 O. R. unzutreffend ist, denn diese Gesetzesstelle bezieht sich nur auf ausservertractliches Verschulden des Eigenthümers von Thieren, gleich wie sich Art. 50 und folgende nur auf ausservertractliches Verschulden überhaupt beziehen, währenddem im vorliegenden Falle, wo der Kläger anlässlich der Erfüllung gewisser durch sein Anstellungsverhältniss begründeter Dienstverpflichtungen verletzt wurde, nur eine Haftung des Beklagten aus dem Dienstvertrage resp. eine Haftung desselben aus einem Verschulden in der Eigenschaft als Dienstherr (vertragliches Verschulden) in Frage kommen kann. Hieraus folgt weiter, dass die allgemeinen Regeln über den Beweis eines contractlichen Ver-

schuldens zur Anwendung kommen und somit der Kläger, welcher daraus ein Recht herleiten will, das Verschulden des Beklagten zu beweisen hat, während sowohl bei Anwendung des Art. 400 als bei Anwendung des Art. 65 die Beweislast gemäss der in diesen Artikeln enthaltenen Vorschrift dem Beklagten zugefallen wäre. Nun hat aber der Kläger ein Verschulden des Beklagten an dem ihn betroffenen Unfall nicht nachgewiesen, sondern es ergiebt sich gegentheils, dass er die erhaltene Verletzung seiner eigenen Fahrlässigkeit zuzuschreiben hat.

---

85. *Haftung des Frachtführers für die Folgen äusserlich erkennbarer Mängel der Verpackung des Frachtgutes. Art. 452 O. R.*

Zürich. Urtheil des Bezirksgerichtes Zürich I Sect. vom 7. April 1888 i. S. Widmer c. Specht; zweitinstanzlich unter Genehmigung des Inhaltes der erstinstanzlichen Entscheidungsgründe bestätigt.

Der Kläger hatte zum Umzuge seines Waarenlagers von der Konradstrasse in Aussersihl nach der Waldmannsstrasse in Zürich die Dienste des Beklagten in Anspruch genommen; letzterer hatte hiezu das Fuhrwerk und die Fuhrleute zu stellen, während die Angestellten des Klägers das Auf- und Abladen der Waaren besorgten. Der Ladung vom 28. Januar 1888 passierte ein Unfall, indem eine Partie Glaswaaren vom Wagen fiel und Schaden erlitt. Der Kläger machte den Beklagten hiefür verantwortlich, dieser aber lehnte alle Haftpflicht ab, weil er nur Wagen, Pferde und Fuhrleute zu stellen gehabt habe, das Auf- und Abladen dagegen Sache des Klägers gewesen sei, und ein Schaden durch unrichtiges Verladen desshalb nur diesen allein treffe. Die klägerische Schadenersatzforderung wurde als begründet erklärt.

Motive: Es wird beidseitig zugestanden, dass der Kläger die in Frage kommende Ladung von Glaswaaren am 28. Januar durch seine Angestellten hat besorgen lassen und dass der Angestellte des Beklagten diese Ladung ohne einen Vorbehalt übernommen und an den Bestimmungsort an der Waldmannsstrasse geführt hat. Es wird auch zugestanden, dass die Waaren in gutem Zustande übernommen wurden, aber in theilweise zerstörtem Zustande ankamen. Da der Beklagte für die richtige und sorgfältige Ausführung des Auftrages haftet (Art. 450 und 396 O. R.), so hat er für den Schaden, den das Frachtgut während des Transportes erlitten, aufzukommen, wenn er nicht den anerbotenen Beweis dafür zu leisten vermag, dass der Schaden nicht durch sein

Verschulden, sondern durch ein solches des Klägers entstanden sei. Ein solches Verschulden des Klägers will der Beklagte darin finden, dass der Kläger die Waare nicht gehörig verpackt, d. h. nicht richtig gebunden und vor dem Herabfallen vom Wagen geschützt habe. Richtig ist, dass der Kläger für die gehörige Verpackung des Frachtgutes zu sorgen hatte; dagegen hatte der Beklagte hinwieder die Pflicht, bei der Annahme des Frachtgutes die Verpackung zu prüfen und den Kläger auf äusserlich sichtbare Mängel aufmerksam zu machen oder dann die Verantwortlichkeit für aus solchen Mängeln entstehenden Schaden abzulehnen. Uebernahm der Beklagte die Waare ohne solche Reclamation, so übernahm er damit die Verpflichtung, trotz jenem Mangel die Waare in unverschlechtertem Zustande abzuliefern. Von einer Befreiung der Haft könnte nur dann gesprochen werden, wenn sich ergeben würde, dass die Mängel der Verpackung äusserlich nicht erkennbar gewesen seien, was hier nicht behauptet wird (Art. 452 des cit. Gesetzes). Der Beklagte ist daher mit der Einwendung, es habe der Kläger die Waare nicht richtig befestigt, nicht zu hören.

---

86. *Billet de change à domicile déchu faute de protêt régulier. Nature de l'obligation purement civile du souscripteur. Art. 828, 813 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 16 janvier 1888 d. l. c. Banque de Genève c. Oltramare.

Oltramare avait souscrit un billet de change au montant de 10,000 fr. payable à Genève chez Humbert et Cie. A l'échéance, ce billet fut protesté au domicile d'Oltramare, à Paris, au lieu de l'être au domicile d'Humbert et Cie. L'endosseur du billet, la Banque de Genève, a assigné O. devant le tribunal de commerce en payement de fr. 10,112 montant du billet et des frais. Elle reconnait que faute d'observation des règles posées dans l'art. 828 C. O., elle a perdu son recours contre O. autant qu'il résulte du billet de change en raison de sa nature particulière, mais elle conclut à ce que l'intimé, comme restant obligé par les voies civiles ordinaires envers le porteur, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il aurait fait à ses dépens, fût condamné à lui payer la somme susmentionnée. O. oppose à cette demande une exception d'incompétence du tribunal de commerce, basée sur le motif que l'action de la Banque tendait à obtenir le remboursement d'une somme dont il se serait enrichi illégitime-

ment, et qu'une telle action devait être portée devant le tribunal civil.

Par jugement du 30 juin 1887, le tribunal de commerce a admis l'exception d'incompétence et a renvoyé l'intimant à mieux agir. Il fonde sa décision sur ce que la demande, primitivement fondée sur un billet revêtu de signatures de commerçants, s'est transformée en une réclamation basée sur l'enrichissement illégitime; que l'enrichissement illégitime constitue bien plus un quasi-délit qu'un quasi-contrat et qu'il n'a, par lui-même, aucun caractère de commercialité.

La Banque de Genève a interjeté appel du dit jugement, et la Cour de Justice l'a reformé et a prononcé que le tribunal de commerce est compétent pour connaître de la demande.

Motifs: Considérant que le souscripteur du billet ... reste obligé envers le porteur par les voies civiles ordinaires, jusqu'à concurrence du bénéfice qu'il aurait fait à ses dépens;

Que cette action restreinte du porteur contre le souscripteur n'a d'autre source que le contrat de change primitivement intervenu entre le souscripteur et le premier endosseur aux droits duquel le porteur a été mis, et que sa nature ne saurait être modifiée parce que, par suite d'une simple négligence, le porteur a perdu quelques-unes des prérogatives attachées à la possession du billet de change;

Qu'il est impossible de trouver dans le contrat primitif, ou dans le fait que le souscripteur du billet oppose au porteur une déchéance prononcée par la loi, les éléments d'un délit ou d'un quasi-délit.

---

87. *Accident de tramway.* ***Responsabilité de l'entreprise déterminée par la loi fédérale conc. la responsabilité des chemins de fer du 1er juillet 1875.***

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 24 octobre 1887 d. l. c. Dunand c. Cie. gén. des tramways.

Nous avons reproduit dans la Revue vol. V Nr. 131 le jugement du Tribunal civil qui a déclaré que la loi fédérale du 1er juillet 1875 ne relève pas l'entreprise des tramways. La Cour de Justice civile a, dans la même cause, émis l'opinion contraire.

Motifs: Ainsi que cela résulte de plusieurs arrêts du Tribunal fédéral, la disposition de l'art. 2 de la loi du 1er juillet 1875, qui établit une présomption légale de respon-

sabilité de la part des entreprises de chemins de fer, a pour but de protéger d'une manière toute particulière, la vie et la santé des employés, voyageurs et autres tiers, contre les dangers spéciaux et considérables auxquels les expose le transport par chemins de fer avec locomotives et wagons. (Voir arrêts Saglio, 10 septembre 1880; Chaubert, 27 avril 1878; Felber, 19 octobre 1883; Straub, 20 juin 1882.)

Les dangers auxquels sont exposés, soit les voyageurs, soit les tiers, par la nature même de l'exploitation des lignes de chemins de fer, sont les mêmes sur le réseau d'une Cie de tramways, alors surtout que cette Compagnie se sert de locomotives pour la traction de ses voitures. Si ce danger est diminué parce que ces locomotives circulent avec une moins grande vitesse que sur un chemin de fer proprement dit, il est augmenté par le fait que ces locomotives circulent exclusivement sur la voie publique.

On doit donc admettre que l'intention du législateur fédéral a été d'imposer aux Cies de tramways, tout au moins à celles qui emploient des locomotives, la même présomption de responsabilité qu'aux entreprises de chemins de fer proprement dites.

A ce motif, on doit ajouter encore que les autorités fédérales, lorsqu'il s'agit de l'application des lois spéciales sur les chemins de fer, ne font pas de distinction entre les Cies de chemins de fer et les Cies de tramways; il est même déclaré implicitement, dans l'acte de concession à la Cie générale des tramways, que celle-ci est soumise à ces lois, sauf en ce qui concerne la propriété du sol, les servitudes et autres droits réels (art. 44).

Les dispositions de la loi fédérale du 1er juillet 1875 sont donc applicables à la Cie des tramways pour un accident survenu au cours de l'exploitation, alors surtout que, comme dans l'espèce, l'accident est arrivé par suite de l'emploi de locomotives.

---

88. *Bundesgesetz betreffend die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Art. 1, 2, 5, 6. Concurrenz desselben mit Art. 50 ff. O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer i. S. Albert Bucher c. Escher, Wyss & Cie.

Der am 8. Mai 1872 geborene Kläger trat am 28. Mai 1887 als sogenannter Nieterknabe in den Dienst der Beklagten. Am 20. Juli 1887 war er damit beschäftigt, für den Kesselschmiedmeister Nieten zu wärmen und ihm solche

behufs Verwendung am Kessel darzubieten. Als er im Begriffe war, zu diesem Zwecke in den Kessel zu steigen, glitt er aus, fiel nach vorn in den Kessel, gerieth dabei mit der linken Hand auf eine messerscharfe Kesselkante (sog. Butze) und zerschnitt sich dabei die Sehnen der inneren Handfläche. Nach fünfwöchentlicher Behandlung im Spital wurde Bucher als geheilt entlassen, indessen blieb der kleine Finger der linken Hand steif. Derselbe steht ungefähr senkrecht zur Handfläche fest und hemmt so den ungenirten Gebrauch der Hand. Der Kläger verlangte Fr. 3000, zunächst gestützt auf Art. 50 O. R., weil die scharfen Kanten im Kessel hätten abgeschnitten sein sollen, und das damalige Nochvorhandensein derselben auf einer groben Fahrlässigkeit der Beklagten beruhe; eventuell unter Berufung auf das Fabrikhaftpflichtges. Art. 1, aber auch nur in dem Sinne, dass Beklagte die Verletzung durch eigenes Verschulden herbeigeführt hätten, weil von ihnen nicht für rechtzeitiges Abschneiden der scharfen Kanten gesorgt worden sei; eventuellst rief Kläger den Art. 2 desselben Gesetzes an. Die Beklagten bestritten jegliches Verschulden auf ihrer Seite und behaupteten, die Verletzung sei aus Zufall eingetreten, wesshalb eventuell eine Ermässigung der Ersatzpflicht eintreten müsse (Art. 5 l. a desselben Ges.). In erster Instanz wurde die Entschädigung auf Fr. 300, in zweiter auf Fr. 800 fixirt.

Motive: (Betr. Anwendbarkeit des Art. 50 O. R.) Der Unfall stellt sich unzweifelhaft als Fabrikunfall im Sinn des Haftpflichtges. vom 25. Juni 1881 dar, und da die Beklagte auch diejenige Person ist, welche die Fabrik betreibt, in deren Räumlichkeiten und durch deren Betrieb der Kläger als Fabrikarbeiter verletzt wurde, so kann sie auch nur aus dem erwähnten Haftpflichtgesetz verantwortlich gemacht werden. Diess ergiebt sich zunächst aus der Natur dieses Gesetzes als eines Specialgesetzes in Verbindung mit dem Umstand, dass dasselbe seinem Inhalte nach die Haftpflicht des Fabrikherrn für Fabrikunfälle in so umfassender und vollständiger Weise regulirt, dass daneben für die Anwendbarkeit des Obligationenrechtes als des jus generale kein Raum mehr übrig bleibt. So statuirt dasselbe die Haftpflicht nicht nur aus exceptionellen, dem allgemeinen Rechte fremden Gesichtspunkten, sondern in erster Linie und vor Allem aus aus dem allgemein rechtlichen Haftpflichtgrunde des ausservertraglichen Verschuldens bezw. der unerlaubten Handlung (Art. 1, verbis: „sofern er selbst durch ein Verschulden die Verletzung oder den Tod herbeigeführt hat“). Aber auch

aus diesem Grunde wird die Haftpflicht nur im Sinne und Umfange des Specialgesetzes ausgesprochen (Art. 1 „haftet innerhalb den Bestimmungen dieses Gesetzes für den entstandenen Schaden“). Mit Unrecht würde dagegen eingewendet, der Sinn des Gesetzes sei bloss der, dass der Fabrikherr unter allen Umständen auch aus dem Titel eigenen Verschuldens im Umfange der Specialvorschrift hafte, nicht aber der, dass er immer nur, also auch dann bloss in diesem Umfange tenent sei, wenn aus dem allgemeinen Recht eine weitergehende Haftpflicht abgeleitet werden könne. Gegen diese Auffassung spricht zunächst der Mangel jeder Andeutung im Gesetzestext nach der Richtung hin, dass für den Fabrikherrn bezüglich der eigentlichen Fabrikunfälle ausser der hier festgesetzten noch eine weitergehende Haftpflicht bestehen soll und zwar um so mehr, als zu einer solchen Andeutung gewiss die dringendste Veranlassung vorgelegen hat, sobald man trotz Aufnahme des allgemein rechtlichen Haftpflichtgrundes der unerlaubten Handlung in das Specialgesetz dieses nicht allein entscheiden lassen wollte. Dass trotzdem keine solche Andeutung ins Gesetz aufgenommen, sondern positiv und vorbehaltlos gesagt wurde, der Fabrikherr hafte auch aus eigenem Verschulden innerhalb den Bestimmungen des Specialgesetzes, dürfte für sich allein schon genügen, um die Anwendung des Obligationenrechtes auszuschliessen. Vollends entscheidend ist aber sodann gewiss die in Art. 6 des Haftpflichtgesetzes vorgesehene Maximalclausel, speciell die Bestimmung, dass diese nur auf solche Fälle keine Anwendung finde, in denen die Verletzung oder Tödtung durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung des Betriebsunternehmers herbeigeführt worden sei, denn damit ist ja des deutlichsten gesagt, dass der letztere in allen andern Fällen, in denen er den Unfall selbst verschuldet hat, nur bis auf 6000 Fr. beziehungsweise den sechsfachen Jahresverdienst haftet, und dieser Satz ist absolut unvereinbar mit der gleichzeitigen Ableitung der Haftpflicht auf Grund des Delictstitels aus dem Obligationenrecht, weil dieses eine derartige Maximalclausel nicht kennt. Die Anwendung des letztern müsste zur Verurtheilung voller Ersatzleistung führen, wo aber das Specialrecht mit dem allgemeinen Recht in Widerspruch geräth, geht selbstverständlich das erstere vor. Gegenüber diesen Ausführungen kann die allgemeine Betrachtung nicht Stich halten, die dahin geht, das Haftpflichtgesetz habe die Fabrikarbeiter nur begünstigen, dieselben aber nicht ausserhalb das gemeine Recht stellen, die Haftpflicht der Fabrikherrn er-

weitern, nicht aber anderseits wieder einschränken wollen. Das Fabrikhaftpflichtgesetz schafft nun einmal thatsächlich nicht bloss singuläres Recht zu Gunsten der Arbeiter, sondern auch zu Gunsten der Betriebsunternehmer und zwar in letzterer Beziehung durch die Aufstellung der Maximalclausel auch für die Fälle des eigenen Verschuldens, sobald dasselbe nicht in eine strafbare Handlung ausartet, dadurch, dass es nur die Pflicht zum Ersatz des wirklichen Schadens statuirt, während nach Art. 54 des O. R. in gewissen Fällen über den erweislichen Schaden hinaus eine Geldsumme zugesprochen werden kann, und durch die Bestimmung, dass wer die Ersatzpflicht aus dem Titel eigenen Verschuldens des Beklagten ableitet, dieses immer beweisen muss, währenddem dasselbe nach Art. 62 des O. R., sobald der Schaden durch einen Arbeiter oder Angestellten des Geschäftsherrn in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen verschuldet worden ist, präsumirt wird. Ferner ist auch die specielle Verjährungsbestimmung dem Fabrikherrn etwas günstiger. Es sind das Concessionen, die man den Verpflichteten gemacht hat als Aequivalent für die anderseits so ausserordentlich weitgehende principielle Verantwortlichkeit, die den Zufall und das Verschulden dritter mit geringen Ausnahmen umfasst. Diese Betrachtungen zeigen, dass der Zweck des Specialgesetzes nicht bloss der war, die gemeinrechtlichen Haftpflichtgrundsätze für das Fabrikgewerbe zu erweitern, sondern der einer vollständigen, umfassenden und abschliessenden Regulirung der Haftpflicht des Betriebsunternehmers einer Fabrik für die Folgen der sogenannten Fabrikunfälle. Dieser Auffassung verdankt denn auch die Uebergangsbestimmung des Art. 888 des O. R. ihre gegenwärtige Redaction. Es ist hier das Specialrecht als Ganzes, in seiner Totalität vorbehalten und damit gesagt worden, dass es auf die darin vorgesehenen Haftpflichtfälle auch allein zur Anwendung komme. Dieser Gedanke ergiebt sich mit aller Deutlichkeit daraus, dass die Entwürfe zum Obligationenrecht (siehe z. B. den Entwurf eines Einführungsges. zum O. R. von Schneider mit Motiven, Art. 10) das Specialrecht nur bezüglich derjenigen Punkte, in denen dasselbe eine strengere Haftpflicht als das Obligationenrecht feststellt, vorbehalten, im Uebrigen aber, namentlich mit Bezug auf die Grösse der Entschädigung das Obligationenrecht an seine Stelle setzen wollten, der Gesetzgeber aber diesen Standpunkt mit vollem Bewusstsein verworfen und das Specialrecht als Ganzes, in seiner Totalität vorbehalten hat (siehe auch Commentar von Schneider und Fick

zum O. R., Art. 888). Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Betriebsunternehmer beim Fabrikbetrieb vielfach nicht eine einzelne physische Person, sondern eine Actien-, Collectiv- oder Commanditgesellschaft ist, und dass er, soweit das der Fall ist, aus dem Art. 50 des O. R. auch desswegen nicht belangt werden kann, weil derartige absolut oder relativ juristische Personen nur einen fingirten Willen haben und desshalb Delicte nicht begehen können. Die Anwendbarkeit des Art. 62 aber ist ausgeschlossen, weil derselbe, wie bereits gezeigt worden, mit dem Specialrecht in absolutem Widerspruch steht. Wollte man also das Obligationenrecht neben dem Haftpflichtgesetz zulassen, so könnte zwar der Einzelbetriebsunternehmer aus demselben belangt werden, nicht aber eine Betriebsgesellschaft, ein Resultat, das kaum beabsichtigt war und jedenfalls nicht befriedigen würde.

(Betr. Anwendbarkeit des Art. 1 Haftpflichtges.) Kläger hat nur eine eigene Fahrlässigkeit des Betriebsunternehmers geltend gemacht, dagegen nicht behauptet, dass der Unfall durch Verschulden eines Mandatars, Repräsentanten, Leiters oder Aufsehers der Fabrik verursacht sei. Der Natur der Sache nach konnte es sich hier nur fragen, ob ein allfälliger Fehler bei der Herstellung des betreffenden Kessels einer nachlässigen Leitung des Fabrikbetriebes im Allgemeinen zuzuschreiben sei, diese Frage kann aber wohl ohne Weiteres verneint werden, denn es handelt sich hier nicht um die Leitung und Aufsicht über den Betrieb im Allgemeinen, sondern um die Aufsicht über Herstellung einer bestimmten Arbeit, und dafür sind in einem so grossen Geschäfte wie das der Beklagten ist, bestimmte Personen angestellt. Hier war offenbar der Kesselschmiedmeister diejenige Person, welche für den richtigen Gang der Arbeit zu sorgen hatte, und es hätte desshalb eine Haftpflicht der Beklagten auf Grund von Art. 1 des Gesetzes wohl höchstens aus der Verantwortlichkeit des Betriebsunternehmers für das Verschulden gewisser dritter Personen abgeleitet werden können, allein diesen Standpunkt nimmt die Klage nicht ein.

(Betr. Anwendbarkeit von Art. 2 dess. Ges.) Die Haftpflicht der Beklagten folgt aus Art. 2 des gen. Ges., d. h. ex lege, was sich ohne Weiteres daraus ergiebt, dass der Kläger in den Räumlichkeiten der beklagtischen Fabrik und durch den Betrieb derselben verletzt worden ist, in Verbindung mit der Thatsache, dass beklagterseits keiner der hier genannten Befreiungsgründe geltend gemacht wird. Die Geltendmachung dieses einzigen Haftpflichtgrundes Seitens des

Klägers hätte denn auch vollständig genügt, weil die Maximalclausel des Art. 6 Angesichts des Umstandes, dass nie behauptet worden ist, es qualificire sich das dem Betriebsunternehmer zur Last fallende Verschulden als eine strafrechtlich verfolgbare Handlung, ja doch berücksichtigt werden musste.

(Betr. Art. 5 dess. Ges.) Die Berufung der Beklagten auf Art. 5 und ihr Begehren angemessener Reduction der Haftpflicht wegen Entstehung der Verletzung aus Zufall ist schon erstinstanzlich mit Recht verworfen worden. Die Verhältnisse sind zu wenig klar gelegt, als dass der Richter mit Ueberzeugung sagen könnte, die Ursache der Verletzung liege in einem reinen Zufall. Dass ein eigenes Verschulden des Betriebsunternehmers nicht nachgewiesen ist und Selbstverschulden des Verletzten nicht geltend gemacht wird, beweist den Zufall noch keineswegs. Es ist namentlich nicht ausgeschlossen, dass den Kesselschmiedmeister ein gewisses, wenn auch vielleicht nicht grosses Verschulden trifft, für welches der Betriebsunternehmer unbedingt aufzukommen hat. Die Verhältnisse hätten vollständiger aufgeklärt werden können, und da diess auch Seitens der Beklagten nicht geschehen ist, so kann sie vom Richter nicht verlangen, dass er einen reinen Zufall als Ursache der Verletzung betrachte.

(Das Weitere, die Berechnung des Ersatzanspruchs, basiert auf der speciellen Beschaffenheit der Verletzung und hat keine grundsätzliche Tragweite.)

---

89. *Haftung aus Fabrikbetrieb. Spätere Ausdehnung auf neue Industrien ohne rückwirkende Kraft. Revers über Gesundheitszustand beim Eintritt fällt nicht unter die gesetzlich unzulässige vertragliche Ausschliessung der Haftpflicht. B.-G. betr. die Arbeit in den Fabriken v. 23. März 1877, Art. 5, d. B.-G. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb v. 25. Juni 1881 Art. 10.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 31. März 1888 i. S. Kreis c. Gesellschaft für chemische Industrie.

A. Kreis war bei der Gesellschaft für chemische Industrie in Basel vom Jan. 1885 bis Juli 1887 im Dienst als Magazinier gewesen. Er leidet jetzt an heftigem Lungencatarrh und schreibt diese Krankheit seiner Anstellung bei der fraglichen Gesellschaft und dem dortigen Einathmen schädlicher Gase zu, wesshalb er eine Entschädigung von Fr. 5280 einklagt. Die Beklagte wendet ein: 1. Kläger war schon bei seinem Eintritt lungenkrank, wie die damals stattgefundene Untersuchung ergeben hat; er ist daher nur

provisorisch und erst auf sein inständiges Bitten gegen Ausstellung eines Reverses angestellt worden, welcher lautet: „A. Kreis hat bei der Ges. f. chem. Ind. in B. auf unbestimmte Zeit Beschäftigung. Sollte Kreis, welcher laut ärztlichem Zeugniss mit einem Lungenübel behaftet eingetreten, infolge dieses Krankheitszustandes je arbeitsunfähig werden, so hat derselbe keine andern Ansprüche als die üblichen 4 Wochen Krankengeld resp. ½ Lohn an die Gesellschaft zu machen. Basel den 6. Jan. 1885. Mit Obigem erklärt sich einverstanden: (sig.) A. Kreis." 2. Auch sonst ist Beklagte nicht haftbar, weil die Ausdehnung der Haftpflicht auf gesundheitsgefährliche Industrien erst durch den Bundesrathsbeschluss vom 19. Dec. 1887 erfolgt und dieser Beschluss erst am 1. Jan. 1888 in Kraft getreten ist; erst von diesem Tage an sind also die chemischen Industrien der Haftung für Berufskrankheiten unterstellt. Hiegegen repliciert Kläger: ad 1. Der Revers hat keine Beweiskraft, weil Art. 10 des Fabrikhaftpflichtgesetzes solchen Abmachungen keinerlei Wirkung zuerkennt. ad 2. Das ist grundsätzlich schon durch das Fabrikhaftpflichtgesetz sanctioniert gewesen.

Das Civilgericht Basel hat den Kläger abgewiesen.

Motive: Die Einwendung der Beklagten sub 2 ist begründet. Durch Art. 5 lit. d des Fabrikarbeitgesetzes (vom 23. März 1877) wurde dem Bundesrath die Ermächtigung ertheilt, diejenigen Industrien zu bezeichnen, welche erwiesenermassen und ausschliesslich bestimmte gefährliche Krankheiten erzeugen, auf welche die Haftpflicht auszudehnen ist. Durch Art. 21 desselben Gesetzes wurde der Bundesrath beauftragt, die Bekanntmachung des Gesetzes zu veranstalten und den Beginn der Wirksamkeit der einzelnen Bestimmungen desselben festzusetzen. Durch Bundesrathsbeschluss vom 19. December 1887 wurden in Vollziehung von Art. 5 d des Fabrikgesetzes die Industrien, welche erwiesenermassen und ausschliesslich bestimmte gefährliche Krankheiten erzeugen, bezeichnet und in Art. 2 bestimmt: dass diese Industrien „für diejenigen bestimmten gefährlichen Krankheiten, welche erwiesenermassen und ausschliesslich aus dem Verwenden oder Vorkommen der in Art. 1 genannten Stoffe entstehen, im Sinne von Art. 3 des Bundesgesetzes betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881 und Art. 1 desjenigen betreffend die Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887 der Haftpflicht unterstellt werden." Art. 3 endlich bestimmt, dass dieser Beschluss am 1. Januar 1888 in Kraft tritt. Der Bundesrathsbeschluss vom 19. December

1887 ist daher nicht bloss eine in Ausführung des mit 1. Januar 1878 im Allgemeinen in Kraft getretenen Fabrikgesetzes erlassene Verordnung, sondern der Bundesrath macht in demselben von der ihm sowohl in Art. 5 d als Art. 21 des Fabrikgesetzes gewährten Vollmacht, die Haftpflicht auf Industrien, welche bestimmte gefährliche Krankheiten erzeugen, auszudehnen und den Beginn der Wirksamkeit der einzelnen Bestimmungen des Fabrikgesetzes festzusetzen, Gebrauch. Für die Annahme, dass diesem Beschluss eine rückwirkende Kraft zukommen soll, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor. Wenn nun auch zweifelhaft sein könnte, ob solche Krankheiten, die vor dem 1. Januar 1888 entstanden aber erst nachher zum Ausbruch gekommen sind, eine Haftpflicht der betreffenden Industrien begründen oder nicht, so kann es nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, dass Krankheiten, welche, wie im vorliegenden Falle, geraume Zeit vor dem 1. Januar 1888 sowohl entstanden als zum Ausbruch gekommen sind, eine Haftpflicht des Unternehmers nicht begründen. Kläger wäre daher schon aus diesem Grunde mit seiner Klage abzuweisen.

Allein die Klage wäre auch dann eine unbegründete, wenn man annehmen würde, dass der Bundesrathsbeschluss vom 19. December 1887 auf die Krankheit des Klägers angewendet werden muss. Denn in diesem Falle ist es ausdrückliche Voraussetzung des Gesetzes, dass die Krankheit erwiesenermassen und ausschliesslich aus dem Verwenden oder Vorkommen der in Art. 1 des Bundesrathsbeschlusses genannten Stoffe entstanden ist. In dieser Beziehung ist aber durch das Gutachten des Physicus klar und bestimmt der Nachweis erbracht, dass diese Voraussetzung hier nicht zutrifft. Es ist allerdings richtig, dass Art. 10 des Haftpflichtgesetzes einer Uebereinkunft, welche die Haftpflicht im Voraus beschränkt oder aufheben soll, jede rechtliche Wirkung benimmt; dass dagegen beim Eintritt in das Geschäft die Thatsache constatiert wird, dass der Arbeiter bereits an einer bestimmten Krankheit leide, ist zulässig und durch Artikel 10 des Haftpflichtgesetzes in keiner Weise ausgeschlossen. In dieser Hinsicht behält daher der Revers vom 6. Januar 1885 die ihm im Expertengutachten zugemessene Bedeutung.

---

90. *Convention franco-suisse de 1869, art. 5. Son inapplicabilité au droit fiscal de succession.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 9 janvier 1888 d. l. c. Dépt. des contrib. publ. c. consorts Genix.

Pauline Genix, originaire d'Alberville (Savoie), est décédée à Carouge, où elle avait habité sous permis d'établissement. Les biens composant sa succession sont situés en France et dans le canton de Genève. Les héritiers ont fait au fisc genevois une déclaration dans laquelle ils ont énoncé, comme biens de la succession, la moitié indivise d'une maison que P. G. possédait à Carouge, avec les meubles qui en dépendent. Cette pièce porte que les valeurs mobilières de la succession n'ont pas été déclarées parce qu'un jugement du tribunal d'Alberville avait décidé, en application de l'art. 5 du traité de 1869 entre la Suisse et la France, que la succession de P. G. a été ouverte dans cette dernière localité et que, par conséquent, lesdits valeurs n'étaient pas soumises à l'impôt genevois, mais seulement aux lois fiscales françaises. Les héritiers ont expliqué qu'ils ont payé en France une somme de 6300 fr. pour droits de succession sur ces mêmes valeurs. Non obstant cette déclaration et ce payement le Département des contributions publiques de Genève a réclamé aux héritiers G. une somme de fr. 6300 pour impôt sur valeur mobilière, en soutenant que le traité de 1869 est inapplicable à une question d'impôt et que, à cet égard, le lieu de l'ouverture de la succession reste déterminé par le domicile réel, conformément à l'art. 110 C. civ. Le tribunal civil a prononcé, que c'est à tort que le Département réclamait aux héritiers G. un droit de succession, en se fondant sur l'art. 5 du traité de 1869, suivant lequel la succession de P. G. a été ouverte en France. La Cour de Justice civile a réformé ce jugement.

Motifs: D'après les principes du droit des gens, chaque Etat a le pouvoir absolu et exclusif d'édicter des lois sur son territoire. Les conventions internationales ont pour but d'apporter des restrictions à ce pouvoir sans limites, en établissant sur des points fixes et déterminés, une législation spéciale qui reste commune à chacun des Etats contractants; mais cette législation est, par sa nature, essentiellement exceptionnelle et, comme telle, doit être strictement maintenue dans le cercle de rayonnement qui lui a été assigné par la convention. Pour tout ce qui n'est pas renfermé dans cette sphère d'action, chaque Etat reste régi par le droit national qu'il lui a plu de se donner.

La Suisse et la France ont fait un traité en 1869. Ce traité, ainsi que l'indique son préambule, a pour but le règlement des questions relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements en matière civile. D'autre part, cette convention porte, dans son art. 5, la disposition suivante: „Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession et aux comptes à faire entre les héritiers ou légataires sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un Français mort en Suisse, devant le tribunal de son dernier domicile en France, et s'il s'agit d'un Suisse décédé en France, devant le tribunal de son lieu d'origine en Suisse."

Or, le cas dont il s'agit au procès actuel ne rentre dans aucun de ceux prévus par le traité de 1869. En effet, 1. les débats de la présente instance ne sont pas engagés entre héritiers ou légataires, mais entre le fisc, comme créancier, et la succession Genix, comme débiteur; 2. l'action intentée ne vise ni la liquidation ou le partage d'une succession, ni les comptes à faire entre les héritiers ou les légataires; 3. la discussion ne porte pas sur une matière de droit civil, mais sur une question fiscale relevant du droit public. En conséquence, et en application du principe ci-dessus exposé, le traité de 1869 n'est applicable, ni dans son ensemble, ni dans aucune de ses dispositions, au cas qui fait l'objet du litige engagé dans la présente instance; la question qui y est débattue reste, dès lors, soumise aux prescriptions du droit commun défini par l'art. 110 C. civ. ainsi conçu: „Le lieu où la succession s'ouvrira, sera déterminé par le domicile."

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VI. Band. 4. Lief.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIe Volume. 4me livr.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1888.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

91. *Art. 29 B.-Ges. über die Organisation der B.-Rechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten; ist dasselbe zulässig in Rechtsstreitigkeiten, welche nach ausländischem Rechte zu entscheiden sind?*

Rechtsstreitigkeiten, welche nach ausländischem Rechte zu entscheiden sind, können nicht nach Art. 29 des Organis.-Ges. an das Bundesgericht weitergezogen werden.[1] (Entsch. vom 8. Juni 1888 i. S. Dubied c. Knoppe.)

---

92. *Art. 76 O. R. Verträge über Entäusserung der väterlichen Gewalt. Unterstehen dieselben dem eidg. oder dem kantonalen Recht?*

Anton J. hatte nach seiner Ehefrau Tod mit deren Vater Jakob R. einen Vertrag abgeschlossen, wonach R. das Kind des J. aus dieser Ehe auf 10 Jahre zur Erziehung erhielt. Kurz darauf heiratete J. wieder und verlangte das Kind zurück; R. weigerte die Rückgabe, wurde aber gerichtlich dazu angehalten, und auf erhobenen Recurs an das Bundesgericht erklärte sich letzteres als incompetent; denn nach Art. 29 Org. G. sei das Bundesgericht nur dann zuständig, wenn nach eidgenössischem Rechte zu entscheiden sei. Die von den kantonalen Instanzen zu entscheidende und auch wirklich entschiedene Frage sei nun ausschliesslich die, ob ein Verzicht auf die Ausübung der väterlichen Gewalt, sei es für immer, sei es auf Zeit, bindend ausgesprochen werden könne. Diese Frage sei aber eine solche des Familienrechts; sie müsse beantwortet werden aus dem Begriffe und der Gestaltung des Rechts der väterlichen Gewalt; nur daraus könne sich ergeben, ob ein bindender Verzicht auf die elterliche Gewalt von dem Inhaber derselben ausgesprochen werden könne, d. h. ob das Recht der väterlichen Gewalt zu den, der Substanz oder der Ausübung nach, verzichtbaren Rechten

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. III Nr. 140 S. 182.

9*

gehöre. Die Ordnung des Familienrechts (abgesehen vom Eherechte), speziell des Eltern- und Kindesrechts, stehe nun gemäss Art. 64 B. V. nicht dem Bunde, sondern den Kantonen zu. Der Bund wäre weder berechtigt gewesen, diese Materie gesetzgeberisch zu regeln, noch habe er dies thatsächlich gethan. Es gelte hiefür vielmehr lediglich das kantonale Recht. (Entsch. vom 18. Mai 1888 i. S. Josuran c. Rimli.)

---

93. *Art. 563, 882 und 891 O. R. Geschäftsführender Gesellschafter als Vertreter der Gesellschaft. Ist bezüglich der Verpflichtung einer Collectivgesellschaft durch Rechtshandlungen eines Collectivgesellschafters seit 1. Januar 1883 das eidg. Obligationenrecht massgebend, auch wenn die Gesellschaft früher entstanden ist? Geschäftsabschluss für die Gesellschaft; Beweis aus den Umständen.*

Hans F. und Christian S. betrieben seit 1881 in Collectivgesellschaft ein Baugeschäft. Laut Gesellschaftsvertrag participirten am Gesellschaftsvermögen F. zu $^4/_5$ und S. zu $^1/_5$. Nachdem sich letzterer 1884 unbekannt wohin entfernt hatte, errichtete F. einen Pfandbrief zu Gunsten der Frau H., worin er sich als Schuldner für ein erhaltenes Darlehn von 20,000 Fr. bekannte und hiefür $^4/_5$ der mechanischen Bauschreinerei verpfändete. 1885 wurde über F. und gleichzeitig über die Gesellschaft F. und S. der Concurs erkannt. Die Forderung der Frau H. wurde durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschaftsgläubiger als in 2ter Classe privilegirt anerkannt, dagegen von den Gläubigern Gebr. K. und A. B. bestritten; diese klagten auf Ausschluss der Forderung aus der Gesellschaftsmasse als einer der Masse gegenüber „insubsistenten", indem weder die Aufnahme des Darlehns Namens der Firma noch dessen Verwendung im Interesse derselben erwiesen, auch das Pfandobject unbestritten Eigenthum der Gesellschaft, und F., der den Pfandbrief einzig unterzeichnet, zu Hypothecirung desselben für Privatschulden nicht befugt gewesen sei. Das Cantonsgericht von Graubünden wies die Klage ab, und das B.-Gericht bestätigte das Urtheil.

Gründe: Für die Frage, inwiefern durch Rechtshandlungen eines Collectivgesellschafters die Gesellschaft (und nicht vielmehr nur der einzelne handelnde Gesellschafter) Dritten gegenüber verpflichtet werde, ist seit 1. Januar 1883 das eidg. O. R. massgebend, auch wenn die Gesellschaft bereits vor dem 1. Januar 1883 bestand. M. a. W. für die

Rechtsverhältnisse einer, wenn auch früher begründeten, Collectivgesellschaft nach aussen (Dritten gegenüber), für den Umfang der Vertretungsbefugniss der Gesellschafter u. s. w. ist in Betreff aller seit 1. Januar 1883 abgeschlossenen Rechtsgeschäfte schlechthin das eidg. O. R. und nicht das frühere, zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages geltende, cantonale Recht entscheidend (während dagegen selbstverständlich für das Rechtsverhältniss der Gesellschafter unter einander gemäss Art. 882 O. R. das zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages in Kraft bestandene cantonale Recht in Geltung bleibt, soweit nicht etwa Art. 891 O. R. eingreift). Dieser Grundsatz ist zwar in den Uebergangsbestimmungen zum O. R. nicht ausdrücklich ausgesprochen; er folgt aber, wie er offenbar ein Postulat der Rechtssicherheit ist, aus den Principien des Gesetzes. Nach Art. 892 O. R. haftet der Principal für Handlungen, welche ein Procurist oder Handlungsbevollmächtigter nach dem 1. Januar 1883 vornimmt, nach den Bestimmungen des O. R., auch wenn die Procura oder Vollmacht vor jenem Tage ertheilt worden ist. Das Gesetz geht also davon aus, dass die Wirkung der Rechtshandlung eines Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten für den Principal sich Dritten gegenüber nach dem Gesetze der Zeit der Vornahme der Rechtshandlung und nicht nach dem Gesetze der Zeit der Vollmachtsertheilung normire; es betrachtet also als die in dieser Richtung, für die Haftung des Principals nach aussen bezw. für die Macht des Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten, den Principal Dritten gegenüber zu binden, entscheidende juristische Thatsache die Rechtshandlung des Procuristen oder Handlungsbevollmächtigten gegenüber dem Dritten. Das gleiche muss für das Verhältniss der Collectivgesellschaft nach aussen gelten; auch dieses richtet sich sofort nach dem neuen Rechte. Das neue Recht entscheidet darüber, ob durch ein unter seiner Herrschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft eines Gesellschafters die Gesellschaft dem Vertragsgegner gegenüber verpflichtet werde oder nicht. Das Rechtsverhältniss gegenüber Dritten ist eben von dem innern Rechtsverhältnisse der Gesellschafter unter einander, welches durch den Gesellschaftsvertrag und das zur Zeit des Abschlusses desselben geltende objective Recht beherrscht wird, unabhängig; die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft gegenüber Dritten empfangen ihre juristische Gestaltung durch das Recht, welches zur Zeit ihrer Begründung gilt, und werden durch das für das innere Verhältniss der Gesellschafter untereinander massgebende Recht nicht berührt.

Für diese Auffassung spricht (wie die Analogie der Bestimmungen des Art. 898 über Actiengesellschaften) so auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. In dem Redactionsentwurfe der Uebergangsbestimmungen zum O. R. (Art. 18) (s. denselben Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. IV S. 444) war eine den hier vertretenen Grundsatz enthaltende Vorschrift ausdrücklich aufgestellt und es ging dieselbe (in veränderter Redaction) auch in den Entwurf des Bundesrathes (Art. 902) über. Sie wurde dann allerdings vom Nationalrathe (welchem der Ständerath am 7. März 1881 beitrat), durch Beschluss vom 4. März 1881 gestrichen, allein lediglich deshalb, weil sie „überflüssig" sei.

Nun hat der Vorderrichter ausgeführt, dass, wenn auch der Schuld- und Pfandschein vom 25. April 1884 nicht ausdrücklich auf den Namen der Collectivgesellschaft F. und S. ausgestellt worden sei, doch nach den Umständen angenommen werden müsse, es sei die Contrahirung einer Gesellschaftsschuld beabsichtigt gewesen; es stehe fest, dass das Darlehen (dessen Auszahlung erwiesen sei), zu Gesellschaftszwecken aufgenommen und verwendet worden sei. Nach der Entfernung des S. habe sich zudem F., dem die Obsorge für die Gesellschaftsgeschäfte allein obgelegen habe, thatsächlich als ausschliesslichen Inhaber der Firma betrachten müssen. In dieser Entscheidung ist ein Rechtsirrthum nicht ersichtlich. Es ist nicht bestritten, dass der Gesellschafter F. das in Rede stehende Darlehens- und Pfandgeschäft Namens der Gesellschaft abschliessen konnte; bestritten ist bloss, dass er thatsächlich Namens der Gesellschaft contrahirt habe. Nach Art. 563 O. R. nun wird die Gesellschaft durch Geschäfte, welche ein zur Vertretung befugter Gesellschafter abgeschlossen hat, nicht nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn das Geschäft ausdrücklich im Namen der Gesellschaft (unter der Gesellschaftsfirma) abgeschlossen worden ist, sondern auch dann, wenn diese Absicht aus den Umständen hervorgeht. Ob nun letzteres der Fall sei, ist in erster Linie eine Frage nach der Willensrichtung der Parteien beim Vertragsabschlusse, also eine Thatfrage. Dieselbe wird daher gemäss Art. 30 Org.-G. von den cantonalen Gerichten endgültig beurtheilt, und das Bundesgericht ist zu einer Nachprüfung nur insofern befugt, als es zu untersuchen hat, ob die Feststellung des cantonalen Richters etwa auf unrichtiger Auffassung oder Anwendung von Rechtssätzen oder Rechtsbegriffen des eidgenössischen Privatrechts beruhe. Dies kann hier nicht gesagt werden. Das cantonale Gericht hat

den Art. 563 O. R. angewendet und es ist nicht zu ersehen, dass es von einer unrichtigen Auffassung dieser Norm ausgegangen oder sonstwie Rechtsgrundsätze des eidgenössischen Privatrechts unrichtig aufgefasst oder angewendet habe. Seine Schlussfolgerung, dass die Contrahirung einer Gesellschaftsschuld beabsichtigt gewesen sei, ist rein thatsächlicher Natur und beruht nicht auf einem Rechtsirrthum. (Entsch. v. 23. Juni 1888 i. S. Gebr. Koch und Baratelli c. Frau Hilti.)

---

94. *Art. 6, 8 u. 43 der eidg. Civilprocessordnung. Kann eine dritte Person in einem anhängigen Process wider den Willen des Klägers als beklagte Hauptpartei eintreten?*

In einem von der Gesellschaft der V. S. B. als Klägerin gegen den Dr. D. als Beklagten angestrengten Processe verlangte die Stadtgemeinde St. G. ebenfalls als beklagte Partei einzutreten, und zwar als Hauptpartei, d. h. so behandelt zu werden, als wenn von Anfang an auch gegen sie geklagt worden wäre.

Das Bundesgericht wies das Begehren, welchem sich die Klägerin widersetzte, ab.

Gründe: Ein Recht zu einer derartigen Einmischung in einen zwischen dritten Personen anhängigen Rechtsstreit kennt die eidg. C. P. O. so wenig als (soweit die Kunde des Bundesgerichtes reicht) irgend eine andere Civilprocessordnung. Die Bestimmungen der eidg. C. P. O., welche darüber Vorschriften aufstellen, inwiefern mehrere Personen gemeinsam klagen oder verklagt werden können (Art. 6 und 43), haben nur den Fall im Auge, wo die Klage von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte gemeinsam erhoben worden ist; sie berechtigen den Kläger, gegen mehrere Personen vereint zu klagen, geben dagegen Dritten, gegen welche der Kläger in diesem Verfahren gar nicht klagen will und nicht geklagt hat, kein Recht, sich ihm als Gegenpartei aufzudrängen. Auch die in Art. 8 normirte Einrede der mehreren Streitgenossen kann bloss von der beklagten Partei, nicht aber an ihrer Stelle von einem gar nicht belangten Dritten erhoben werden. (Entsch. vom 19. Mai 1888 i. S. V. S. Bahnen c. Stadt St. Gallen.)

---

95. *Art. 197 der eidg. Civilprocessordnung. Art. 35 B.-Ges. über die Abtretung von Privatrechten vom 1. Mai 1850. Erläuterung von Entscheiden der eidg. Schatzungscommissionen. Be-*

ginnt die Frist zur Einlegung des Recurses beim Bundesgericht erst, wenn die Erläuterung erfolgt ist?

Zwischen der Gotthardbahngesellschaft und einem Exproprürten entstand im Jahre 1886 Streit über Sinn und Tragweite eines Erkenntnisses der eidg. Schatzungscommission aus dem Jahre 1875. Nachdem die Schatzungscommission um Erläuterung des Erkenntnisses angegangen worden und letztere zu Ungunsten der Gotthardbahngesellschaft ausgefallen war, beschwerte sich die Bahngesellschaft beim Bundesgericht, indem sie das Gesuch „um Abänderung des erläuterten Schatzungsentscheides vom Jahre 1875“ stellte. Das Bundesgericht trat auf die Beschwerde wegen Verspätung nicht ein.

Gründe: Es ist unzweifelhaft, dass eine Beschwerde an das Bundesgericht gegen den Erläuterungsbescheid einer eidgenössischen Schatzungscommission dann zulässig ist, wenn der angefochtene Bescheid nicht eine Erläuterung, sondern eine Abänderung der früheren Entscheidung enthält (siehe a. S. d. b.-g. E. IX, S. 81, Erw. 3). Allein im vorliegenden Falle stützt sich die Beschwerde der G. nicht hierauf. Die G. beschwert sich vielmehr, indem sie die von der Schatzungscommission gegebene Erläuterung als solche anerkennt, gegen das Dispositiv des ursprünglichen Schatzungsbefundes, indem sie geltend macht, sie sei zu dieser Beschwerde auch jetzt noch berechtigt, da ihr erst durch den Erläuterungsbescheid erkennbar geworden sei, dass fragliches Dispositiv den durch diesen Bescheid ihm beigelegten, sie beschwerenden, Sinn habe, und ihr daher die Frist zum Recurse gegen dasselbe erst von Zustellung des Erläuterungsbescheides an laufe. Nun ist es aber vorerst unrichtig, wenn die G. behauptet, die Möglichkeit processualer Abwehr gegen das Dispositiv des Schatzungsbefundes von 1875 sei ihr erst mit Eröffnung des Erläuterungsbescheides erwachsen. Durch den Recurs an das Bundesgericht können zweifelsohne alle Mängel eines Schatzungsbefundes, also auch die Dunkelheit oder Zweideutigkeit seiner Dispositive gerügt werden; war daher das Dispositiv des Schatzungsbefundes dunkel, so konnte die G. im Wege des Recurses an das Bundesgericht Ersetzung desselben durch ein ihrer Anschauung entsprechendes, unzweideutiges Urtheilsdispositiv von vornherein verlangen. Zweifelhaft kann nur sein, ob sie hiezu verpflichtet war, d. h. zweifelhaft ist nur, ob, wenn binnen der gesetzlichen Frist gegen ein dunkles, der Erläuterung bedürftiges Dispositiv eines Schatzungsbefundes der Recurs an das Bundesgericht

nicht, auch nicht (was zweifellos zulässig wäre) eventuell, d. h. für den Fall einer ungünstigen Declaration der Schatzungscommission, ergriffen wird, diejenige Partei, welche durch einen späteren Erläuterungsentscheid der Schatzungscommission sich beschwert fühlt, nunmehr nachträglich Abänderung des erläuterten Schatzungsbefundes beim Bundesgerichte verlangen könne oder nicht vielmehr wegen Verabsäumung der gesetzlichen Recursfrist damit ausgeschlossen sei. Richtig ist nun, dass die Meinung, die ordentliche Rechtsmittelfrist gegen dunkle, der Erläuterung bedürftige, Erkenntnisse beginne der Partei erst nach erfolgter, ihr ungünstiger Declaration zu laufen, in der processrechtlichen Literatur vertreten ist. Allein diese Meinung wird von der neuern Doctrin wohl überwiegend verworfen (s. z. B. Wetzell, Civilprocess, 3. Auflage, S. 659, Renaud, Civilprocess u. s. w.) und entbehrt der inneren Begründung wie jeden positiven Anhaltes im eidgenössischen Civilprocessrechte. Für dieselbe wird blos angeführt, es könne der Partei nicht zugemuthet werden, gegen einen dunklen Entscheid Rechtsmittel in der Hauptsache zu ergreifen, so lange sie nicht wisse, ob der Richter den zweideutigen Worten seines Erkenntnisses einen ihr günstigen oder ungünstigen Sinn beilege. Diese Erwägung verkennt die Bedeutung der Rechtsmittelfristen; sie hätte practisch zur Folge, dass, da, speciell auch nach dem eidgenössischen Civilprocessrecht, für Erläuterungsbegehren irgendwelche Frist nicht gesetzt ist, die Rechtsmittelfristen (z. B. die Revisionsfrist des Art. 194, C.-P. O.) durch einen späteren Erläuterungsbescheid auch nach noch so langer Zeit wiederum in Lauf gesetzt würden und eine erneute Beurtheilung der Hauptsache durch den obern Richter herbeigeführt werden könnte. Diese Folge steht aber gewiss mit dem Zweck und Sinn des Gesetzes, welches für die Erhebung von Rechtsmitteln aus gewichtigen practischen Gründen bestimmt begrenzte Fristen festsetzt, in Widerspruch. Es ist dieselbe auch zum Schutze der Partei nicht erforderlich. Gegen Entscheidungen, welche unter dem Vorwande der Erläuterung ein früheres Urtheil abändern würden, ist die Partei nach dem in Erw. 1 Bemerkten geschützt. Im Uebrigen kann der Partei wohl zugemuthet werden, binnen der Rechtsmittelfrist das zur Wahrung ihrer Rechte Erforderliche vorzukehren, d. h. das zutreffende Rechtsmittel, in casu den Recurs an das Bundesgericht, definitiv oder eventuell zu ergreifen. (Entsch. vom 4. Mai 1888 i. S. Gotthardbahn c. Bezirk Uri; a. S. d. b.-g. E. XIV S. 258.)

---

96. *Uebereinkunft zum gegenseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken, der Handelsfirmen, der industriellen Zeichnungen und Modelle vom 23. Februar 1882. Begriff der Modelle.*[1])

E., inventeur de la bascule automatique et propriétaire des brevets y relatifs, a cédé à la Société française le dit brevet pour la France, ainsi que tous les droits à acquérir de ce chef en Suisse. La dite Société a déposé à la Chancellerie fédérale à Berne, le 3 Janvier 1886, le modèle photographié de ses bascules automatiques. Le 4 Février 1887, elle a porté plainte au Juge de paix de Montreux contre G. et W., affirmant que ceux-ci exploitaient une bascule automatique sur le modèle des bascules de la Société plaignante. Le tribunal de V. à libéré les accusés W. et G., et la Société a recouru contre ce jugement au Tribunal fédéral, concluant à ce que le dit jugement soit annulé. Elle a fait valoir en substance qu'elle a seule le droit d'exploiter des machines-bascules ayant la forme extérieure reproduite par la photographie déposée, et que, d'après les art. 7 et 8 du traité franco-suisse du 23 Février 1882, la législation française paraît également applicable en Suisse, en ce qui concerne la détermination des caractères de la contrefaçon; qu'à teneur de la jurisprudence française, les modèles industriels jouissent de la même protection que les dessins, et que le traité les met sur le même pied.

Le *Tribunal fédéral* a *rejeté* le recours. *Motifs:* La convention conclue le 23 Février 1882 entre la Suisse et la France pour la garantie réciproque des marques de fabrique et de commerce, des dessins et des modèles industriels confère, aux termes des dispositions combinées de ses art. 4, 5 al. 1, 6, 7, 8 al. 1, 9, 12 et 13, au Français le droit de revendiquer la propriété exclusive d'un dessin ou modèle industriel, en en déposant une esquisse ou un échantillon au Département du commerce et de l'agriculture à Berne. La contrefaçon en est punie, et les caractères constituant cette contrefaçon doivent être déterminés d'après la législation française, la Suisse ne possédant pas encore de loi sur la protection des dessins et modèles.

Le fait du dépôt de la photographie des bascules automatiques opéré à Berne le 3 Janvier 1886, ne résout nulle-

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichts Bd. XXIV. S. 109 ff. und 401 ff.; Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen Bd. IV. S. 108, Bd. XIV. S. 49 ff.; Klostermann, in Endemann's Handbuch des Handelsrechts u. s. w. Bd. II. S. 298 ff.

ment la question de savoir si ce dépôt doit être assimilé à celui d'un modèle industriel dans le sens des dispositions du traité susvisé, et ne préjuge en aucune façon la libre appréciation du juge sur l'existence du droit à la protection du dit modèle.

Ni le traité de 1882, ni la loi francaiçe de 1806, protégeant la propriété des dessins, et que la jurisprudence a étendue aux modèles (voir Pouillet, p. 53), ne donne de définition du modèle ou du dessin. Il y a donc lieu de la rechercher dans la doctrine.

Les auteurs français, qui distinguent avec soin l'invention du modèle, sont unanimes à reconnaître que *c'est la forme nouvelle* donnée à un produit industriel en vue de l'orner, en vue de lui assurer une physionomie propre, un aspect plus ou moins élégant qui constitue le modèle de fabrique susceptible d'être protégé, tandis que le caractère essentiel de l'invention, conformément à l'art. 2 de la loi française du 5 Juillet 1844 sur les brevets d'invention, est de produire un résultat industriel nouveau; les dessins ou modèles de fabrique servent uniquement à l'ornementation d'un objet connu, de manière à flatter l'œil et à satisfaire le goût, sans lui apporter par leur présence aucune qualité industrielle nouvelle. (Voir Pouillet, Traité des dessins et modèles de fabrique, p. 51. Philippon, Des dessins et modèles de fabrique en droit français, p. 58. Fauchille, Traité des dessins et modèles industriels, p. 64. Dalloz, 1858, I, 101. Voir aussi, Droz, Marques, dessins et modèles de fabrique. Enquête générale et avant-projet de loi, Berne 1887.)

Adoptant dans ses lignes principales la définition ci-dessus, le Conseil fédéral considère également comme dessins et modèles industriels les combinaisons de formes et de lignes qui, par leur arrangement ou l'effet de couleurs, se distinguent d'autres combinaisons semblables et s'utilisent pour des objets industriels dans un but décoratif. (Voir rapport de gestion pour 1883. Feuille fédérale 1884. II. p. 223; Rapport de gestion pour 1884. Feuille fédérale 1885. II. 682.[1])

En faisant application de ces principes à la bascule automatique des recourants, il est évident que la forme extérieure de cet engin ne réalise aucunement les conditions d'un modèle; elle consiste en une caisse en forme de parallélipipède, comportant des moulures fort simples, un cadran et un marchepied, dans le seul but de dissimuler le mécanisme

---

[1]) Deutsche Ausgabe 1884 Bd. II S. 153 f.; 1885 Bd. II S. 290.

intérieur et d'en faciliter le jeu. Sa configuration extérieure ne lui imprime aucun cachet artistique ou esthétique spécial, qui ne serait pas subordonné aux besoins de l'invention elle-même; cette invention seule pourrait justifier une protection. L'extérieur de la bascule ne présente aucun motif d'ornement original et nouveau, aucune combinaison nouvelle de lignes et de couleurs, et n'a d'autre rôle que de rendre utilisable l'invention elle-même; il est, en effet, impossible de se figurer ces formes extérieures séparées du mécanisme lui-même, et si, par impossible, la caisse de la bascule eût été imitée seule dans un but autre que celui de contenir la machine automatique, les demandeurs n'eussent eu aucun intérêt à poursuivre une contrefaçon exercée dans ces conditions. Il s'agit donc dans l'espèce d'un simple produit industriel, appréciable uniquement pour sa valeur commerciale, sans que sa forme extérieure ait un but décoratif distinct et indépendant de celui de l'objet industriel lui-même, de la bascule automatique considérée comme invention, laquelle, vue l'absence de toute législation sur la matière en Suisse, n'y jouit d'aucune protection.[1]) (Entsch. vom 2. Juni 1888 i. S. Société anonyme française des bascules automatiques; a. S. d. b.-g. E. XIV S. 245.)

---

97. *Erbrechtsconcordat vom 15. Juli 1822. Begriff der Erbstreitigkeiten; Streit über die Grösse des Weiberguts.*

Zu den Erbstreitigkeiten, für welche gemäss obigem Concordate der heimatliche Richter des Erblassers zuständig ist, gehören auch Erbtheilungsstreitigkeiten, insbesondere Streitigkeiten über die Gültigkeit einer abgeschlossenen Erbtheilung. Der Streit über die Höhe der Weibergutsforderung der Wittwe des Erblassers resp. darüber, ob die Wittwe von der mit der Verwaltung des Nachlasses befassten Behörde als Nachlassgläubigerin mehr erhalten habe, als ihre Weibergutsforderung betrage, ist keine erbrechtliche Streitigkeit, sondern diese Klage qualificirt sich als persönliche (Rückforderungs-) Klage und ist daher am Wohnort des Beklagten anzubringen. (Entsch. v. 16. März 1888 i. S. Huber u. Genossen; a. S. d. b.-g. E. XIV S. 60 ff.)

---

[1]) Siehe jedoch nunmehr das Bundesgesetz betreffend die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

98. *Schadenersatzklage. Verbindung von Art. 50 und 55 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 28. August 1888 i. S. Businger c. Staub.

E. B. in Luzern betreibt als alleiniger Inhaber der Firma Gebrüder B., eidgenössischer Niederlagskeller für italienische Weine, neben einem eigenen Handelsgeschäfte in italienischen Weinen, den commissionsweisen Verkauf der Producte italienischer Weinproducenten. Letztere senden der Firma Gebrüder B. ihre Weine consignationsweise zu und die Firma besorgt dann, nachdem die Weine von der durch die italienische Regierung in L. errichteten oenotechnischen Station untersucht und für real befunden worden sind, den Verkauf an die Consumenten.

In dem von dem Bureau der Kaufmännischen Gesellschaft Zürich an die Gesellschaft erstatteten, Anfangs Juni 1885 ausgegebenen Jahresberichte über das Jahr 1884 findet sich nun im Abschnitt „Weinhandel" (S. 108 und 109) folgende auf die Institution der eidgenössischen Niederlagskeller überhaupt und den von E. B. betriebenen Niederlagskeller im Besondern bezügliche Stelle:

„Ferner glaubten die Regierungen zweier Nachbarstaaten Schritte thun zu sollen, um den Absatz der Weine ihrer Länder in der Schweiz direct zu heben. Die italienische Regierung förderte und unterstützte nämlich direct die Gründung eines Niederlagskellers für italienische Weine in Luzern, und die österreichisch-ungarische Regierung nahm die Anlegung eines Transitkellers in Buchs (als dem Schnittpunkte der Arlbergerbahn mit der Schweiz) und die Creirung einer Filiale des Budapester Landes-Musterkellers in Zürich selbst an die Hand.

Das Bureau der Kaufmännischen Gesellschaft Zürich ist nicht in der Lage in diesen Angelegenheiten ein Urtheil abzugeben, es sieht sich aber auch nicht veranlasst, den nachstehenden Bemerkungen eines Mitarbeiters die Wiedergabe zu versagen:

Obwohl diese Institutionen — sagt einer unserer Berichterstatter — sich an ihre Regierungen anlehnen, machen sie im Ganzen wenig von sich reden und scheinen bis jetzt ihren

Zweck nicht erreicht zu haben. Sie sind übrigens vom Standpunkte des Weinhändlers ebensowenig empfehlenswerth wie von demjenigen des Consumenten, obwohl die Gründer den letzteren besondere Vortheile in Aussicht stellten. Grundbesitzer, die ihre Weine in Consignation nach der Schweiz schicken können, müssen reiche Leute sein und werden in diesem Falle für ihr Product, das gewöhnlich nicht um so besser ist, hohe Preise verlangen, oder aber es werden geringe, schlechte Weine hergesandt, was wiederum zu bedauern ist. Wir haben uns vom Niederlagskeller in Luzern Muster verschafft, dieselben waren so geringer Qualität, dass wir uns schämen würden, ähnliches Zeug auf den Markt zu bringen."

Der Inhaber des luzernischen Niederlagskellers erhob gegen den fraglichen Berichterstatter und Verfasser dieser sein Geschäft berührenden Kritik, B. St. in Zürich, Klage und verlangte, dass der Beklagte auf Grund des Art. 50 und 55 O. R. verpflichtet werde, ihm eine Schadenersatz- resp. Genugthuungssumme von 5000 Fr. zu bezahlen. Nachdem die erste Instanz über die Frage der Grösse des durch die angebliche Delictshandlung verursachten Schadens eine Expertise und sodann eine Oberexpertise erhoben hatte, kam sie zu dem Schlusse, es sei der Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Genugthuungssumme von 500 Fr. im Sinne des Art. 55 O. R. zu bezahlen. Beide Parteien erklärten die Berufung an die Appellationskammer des Obergerichts. Der Kläger reducirte seine Forderung in zweiter Instanz auf 1000 Fr., während der Beklagte neuerdings auf Abweisung der Klage beharrte.

Die Appellationskammer schützte die Forderung des Klägers im reducirten Betrage von 1000 Fr.

Gründe: Der erste von dem Kläger eingenommene Standpunkt, dass sich der Beklagte auch dann einer widerrechtlichen Handlung schuldig gemacht habe, welche ihn zum Schadenersatz aus Art. 50 O. R. verpflichtete, wenn er in besagtem Berichte nichts als die Wahrheit gesagt habe, weil diese Wahrheit ihn schädige und der Beklagte als sein Concurrent nicht berechtigt sei, eine ihn schädigende Wahrheit in einem derartigen Actenstücke niederzulegen, ist unhaltbar. Der Beklagte ist zwar unzweifelhaft ein Concurrent des Klägers; denn wenn er auch als Grosshändler weder Privatleute noch Wirthe zu Kunden hat, sondern lediglich Weinhändler, während Kläger nur selten an letztere verkauft, so ist auf der andern Seite notorisch, dass er sich hauptsächlich

mit dem Verkaufe von Weinen nicht italienischer Provenienz, insbesondere von Ungarweinen befasst. Die Vermehrung des italienischen Imports ist daher seinem Geschäfte nachtheilig und der Kläger, welcher diesen Import zu heben sucht, ist also naturgemäss sein Concurrent. Allein trotzdem war derselbe durchaus berechtigt, die Wahrheit über das klägerische Geschäft, auch wenn dieselbe für den Kläger nachtheilig war, in jenem Berichte zu sagen; denn der Beklagte war gleichzeitig auch schon seit einer Reihe von Jahren von der Kaufmännischen Gesellschaft Zürich bestellter Berichterstatter über den Weinhandel. Man mag nun zwar finden, dass derartige Berichte besser von Leuten abgegeben werden, welche in der betreffenden Branche nicht als Unternehmer auf eigene Rechnung thätig sind; allein bekanntermassen ist es schwer, ja manchmal geradezu unmöglich, solche Personen zu finden; und wenn sich daher auch Leute ersterer Art mit derartigen Berichterstattungen befassen, so ist dieser Umstand allein noch kein Grund, um sie, wenn sie dabei die einem Concurrenten nachtheilige Wahrheit sagen, als durch Concurrenzneid geleitet zu betrachten, sondern man muss wie bei jedem andern Berichterstatter präsumiren, dass ihr Motiv kein anderes sei, als im Interesse der Sache die Wahrheit zu sagen resp. vorhandene Uebelstände nicht zu verschweigen, selbst wenn dies Einzelnen Nachtheile bringen sollte.

Dagegen verpflichtet die oben bezeichnete eigenthümliche Stellung, in der sich practische Kaufleute als Berichterstatter für einen so wichtigen Bericht, wie derjenige der Kaufmännischen Gesellschaft Zürich ist, ihren Concurrenten gegenüber befinden, dieselben gewiss zu ganz besonderer Sorgfalt, sobald durch irgend eine Mittheilung das öconomische Interesse der letztern gefährdet und gleichzeitig ihr eigenes gefördert wird. Nicht dass sie deshalb die Wahrheit unterdrücken sollen; allein sie sollen genau prüfen, ob das, was sie berichten, auch wirklich die Wahrheit ist; denn es liegt auf der Hand, dass jeder Ueberschreitung derselben von dem betroffenen Concurrenten sofort ohne nähere Prüfung der Concurrenzneid als Motiv untergeschoben wird, selbst wenn nur eine Fahrlässigkeit oder gar ein entschuldbarer Irrthum die wahre Ursache ist. Eine Ausserachtlassung dieser besondern einem solchen Berichterstatter obliegenden Sorgfalt ist demselben daher auch als Fahrlässigkeit anzurechnen und verpflichtet ihn, dem Concurrenten den daraus entstandenen Schaden gemäss Art. 51 O. R. zu ersetzen, wobei der Richter freilich bezüglich der Grösse des Schadenersatzes das ihm

durch diese Gesetzesstelle gegebene freie Ermessen voll und ganz üben darf. Zum Mindesten eine solche Fahrlässigkeit liegt hier unter allen Umständen vor, selbst dann, wenn der vom Beklagten beantragte Entlastungsbeweis vollständig gelingen sollte.

Durch die Worte des Berichtes: „Wir haben uns vom Niederlagskeller in Luzern Muster verschafft, dieselben waren so geringer Qualität, dass wir uns schämen würden, ähnliches Zeug auf den Markt zu bringen,“ wird nämlich, wie dies der Beklagte bei gehöriger Ueberlegung voraus sehen musste, im Leser die Meinung erweckt, der Berichterstatter habe sich zum Zwecke einer unparteiischen Prüfung und Beurtheilung der Institution des Lagerkellers in Luzern aus demselben eine für diesen Zweck geeignete Anzahl von Mustern verschafft, dieselben sorgfältig geprüft, aber sämmtliche von so geringer Qualität befunden, dass ein anständiger Kaufmann sich schämen würde, dieselben auf den Markt zu bringen. Dies ist aber in der bezeichneten Allgemeinheit jedenfalls unwahr und es beruht das Vorbringen dieser Unwahrheit wiederum nicht auf einem blossen entschuldbaren Irrthum, sondern einzig und allein auf der Fahrlässigkeit des Beklagten. Derselbe musste nämlich in der persönlichen Befragung selbst anerkennen, dass er sich nicht mehr als nur 4 bis 6 Muster verschafft hat und dass er nicht sämmtliche, sondern, wie er sich ausdrückt, nur „einige, besonders eines“ ganz schlecht befunden habe. Sein Reisender, welcher die Muster in Luzern auf einen andern Namen hin zu beziehen hatte, scheint auch, was nur die Folge unrichtiger oder ungenügender Instruction von Seite des Beklagten sein konnte, lediglich die geringsten Weinsorten ausgewählt zu haben.

Ein mit der widerrechtlichen Handlung des Beklagten im Causalzusammenhange stehender Schaden liegt ebenfalls vor. Der Beklagte bestreitet dies freilich, allein mit Unrecht. Unstichhaltig ist vor Allem sein Einwand, dass nicht der Kläger, sondern höchstens seine Committenten geschädigt worden seien; denn wenn auch ein nachtheiliger Einfluss auf den Vertrieb der im Niederlagskeller eingelagerten Weine zunächst die Verkäufer, die Committenten des Klägers, treffen musste, so haben doch unzweifelhaft auch die Commissionäre dadurch gelitten, indem sich nicht nur ihre Verkaufsprovisionen gemindert haben, sondern auch ihr Proprehandel, den sie neben dem Commissionsgeschäft betreiben. Unstichhaltig ist aber auch der weitere Einwand, dass ein Schaden überhaupt nicht entstanden sei! Die Oberexpertise hat allerdings

ergeben, dass der Ausfall im Geschäfte des eidgenössischen Niederlagskellers und im Propregeschäfte des Klägers nach dem Erscheinen des fraglichen Berichtes ganz andern Ursachen zuzuschreiben ist, und hat auch sonst aus der Untersuchung des klägerischen Geschäftes keine directen Anhaltspunkte für einen solchen Schaden herausgefunden. Daraus kann aber keineswegs der Schluss gezogen werden und auch der Oberexperte thut dies nicht, dass ein solcher Schaden überhaupt nicht entstanden sei. Im Gegentheil steht, ohne dass es hiefür einer Expertise bedürfte, ausser allem Zweifel, dass jener Bericht vermöge seiner Autorität und der grossen Verbreitung, welche ihm durch die Presse gegeben wurde, im höchsten Grade geeignet war, das im Entstehen begriffene Geschäft des Klägers in seiner Weiterentwicklung zu hemmen, und dass dieser Erfolg gewiss auch eingetreten ist, wenn auch eine genauere Ermittlung dieser Wirkung namentlich des Umfanges derselben nicht möglich ist. Es muss daher der Schaden, so schwierig dies sein mag, durch das richterliche Ermessen festgesetzt werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass, weil bis heute keine Richtigstellung erfolgt ist, der nachtheilige Einfluss auch bis heute hat fortwirken müssen.

Ebenso rechtfertigt sich, dem Kläger eine gewisse Genugthuungssumme aus Art. 55 zu sprechen. Die Einrede, dass Kläger eine juristische Person sei, kann hier deshalb nicht in Betracht fallen, weil nicht eine Collectivgesellschaft, sondern eine physische Person Inhaber der Firma Gebrüder B. ist. Materiell kommt in Betracht, dass wenn auch der Beklagte nur den Kläger in seiner Eigenschaft als Commissionär im Auge haben konnte, doch auch die persönlichen Verhältnisse eines Commissionärs verletzt werden, wenn man ihm vorwirft, dass er sich in erheblichem Grade mit dem Vertrieb von so schlechter Commissionswaare beschäftige, welche ein ordentlicher Kaufmann überhaupt nicht in den Handel bringen würde.

Alles in Allem scheint eine Gesammtentschädigung von 1000 Fr., auf welche Summe in der Appellationsverhandlung die Forderung beschränkt worden ist, auf Grund der beiden Art. 50 und 55 den Verhältnissen angemessen.

---

99. *Schadenersatzklage wegen Ehrbeleidigung. Zulässigkeit derselben. Art. 55 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 26. Mai 1888 i. S. Mühlebach c. Kaufmann.

Beklagter hatte den Kläger anlässlich einer Viehzeichnung zu Schüpfheim im Gasthause zum Adler vor vielen Leuten Schelm gescholten und ihn sonst, auch thatsächlich, injuriiert. Kläger verlangte richterliche Wahrung seiner Ehre, Ermächtigung zu Publication des Urtheils in vier öffentlichen Blättern, angemessene Bestrafung des Beklagten und Verurtheilung desselben zu einer Entschädigung von 500 Fr. Das Bezirksgericht Schüpfheim verurtheilte den Beklagten zu einer Geldbusse von 6 Fr., hob die Ehrenkränkung auf und ermächtigte den Kläger zur Publication des Urtheils im Cantonsblatte, wies aber die Entschädigungsforderung ab. Das Obergericht bestätigte im Princip das erstinstanzliche Urtheil, blos mit Erhöhung der Geldbusse auf Fr. 30, dagegen auch unter Abweisung jeder Entschädigungsforderung, und zwar letzteres mit folgender Motivierung:

Betreffend die klägerische Entschädigungsforderung, welche auf Art. 50 und 55 O. R. gestützt werden will, so hat der Kläger in ersterer Hinsicht den Nachweis für eine aus der eingeklagten Injurie ihm erwachsene vermögensrechtliche Schädigung nicht einmal versucht. Und was den Art. 55 betrifft, so ist allerdings dessen Anwendbarkeit im Falle von Ehrenkränkungen auch hierorts bereits früher grundsätzlich anerkannt worden. Allein damals handelte es sich im engern Sinne um eine creditschädigende Aeusserung, und in solchen Fällen darf mit Grund gesagt werden, dass, da regelmässig derartige Aeusserungen ohne Weiteres auch eine vermögensrechtliche Schädigung des Betroffenen mit sich führen werden, die allgemeine Bestimmung des Art. 55 der ebenso regelmässig gegebenen Unmöglichkeit eines ziffermässigen Schadensnachweises zu Hülfe komme, und also, indem sie auch ohne einen solchen ziffermässigen Nachweis die Zusprechung einer angemessenen Geldsumme möglich macht, den eigentlich schon in Art. 50 ausgesprochenen Grundsatz erst recht wirksam zur Geltung kommen lasse. Bei gewöhnlichen Injurien von der Art der hier in Frage stehenden trifft jedoch diese Erwägung nicht zu; auf der einen Seite war die eingeklagte Aeusserung zunächst nicht etwa gegen die Creditfähigkeit des Klägers gerichtet; auf der andern Seite sind die äussern Verhältnisse des Letztern offenbar auch nicht derart, um, wie das beispielsweise bei Kaufleuten regelmässig

der Fall sein wird, für solche Aeusserungen in mehr als gewöhnlichem Masse empfindlich zu sein. — Von einer ernstlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers kann mit Hinsicht auf die fragliche allgemeine Beschimpfung ebenso nicht wohl die Rede sein. Im Uebrigen ist nicht zu übersehen, dass der Zweck der Sühne für das gethane Unrecht, und damit zugleich auch einer Genugthuung für den zugefügten moralischen Schmerz zunächst durch das vom Kläger herbeigeführte Strafurtheil erreicht werden soll und wird.

---

100. *Schadenersatz. Haftpflicht des Vaters für Delicte des Kindes. Art. 61 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 10. Febr. 1888 i. S. Leu c. Emhardt.

Am 15. September 1887 Abends traf der vierzehnjährige Sohn des Klägers Johannes Leu, als er einen Auftrag seines Vaters ausführend mit einem Kessel über die Strasse ging, auf dem öffentlichen Spielplatz mit mehreren Knaben, unter welchen auch die 3 Söhne des Beklagten, Joseph, Carl und Emil Emhardt waren, zusammen. Leu wurde von den Knaben, ob auch von den Söhnen Emhardt steht nicht fest, wegen seines Kessels geneckt, wesshalb er dem Joseph Emhardt einen Schlag versetzte, worauf die beiden ältern Brüder Carl und Emil hinzusprangen, um ihren Bruder zu vertheidigen; hiebei warf Carl Emhardt dem Leu einen Stein an das Knie, so dass er umfiel und in den Spital verbracht werden musste. Leu Vater belangte in der Folge den Vater Emhardt auf Fr. 368. 60 (Fr. 300 Entschädigung gemäss Art. 54 O. R. und Fr. 68. 60 Verpflegungskosten), und gründete die Haftpflicht des Vaters auf Art. 61 O. R. Das Civilgericht hat den Kläger abgewiesen, über die Tragweite des Art. 61 folgendermassen sich aussprechend:

Die Frage, ob im vorliegenden Falle der Beklagte das vom Gesetz geforderte Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung seines Kindes beobachtet hat, ist zu bejahen. Nach dem Zeugniss des Rectors erscheint der Knabe Carl Emhardt als durchaus gutartiger Natur. Er war zur Zeit des Unfalls 13²/₃ Jahre alt, stand also in einem Alter, wo eine specielle Ueberwachung auf Schritt und Tritt bei normalen Kindern nicht mehr stattzufinden pflegt. Es wird allerdings auch dann noch Aufgabe der Eltern sein, dafür zu sorgen,

dass ihr Kind sich nicht an Orten herumtreibt, wo es nicht hingehört. Oeffentliche Spielplätze aber sind gerade dazu bestimmt, dass sich die Kinder darauf frei herumtummeln können. Einem nahezu 14jährigen, gutartigen Knaben einen erwachsenen Begleiter hiefür mitzugeben, würde entschieden über das übliche und durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der Beaufsichtigung hinausgehen.

---

101. *Retentionsrecht des Vermiethers für den Miethzins des verflossenen und laufenden Jahres. Art. 294 O. R.*

Zürich. Entscheid des Cassationsgerichts vom 8. Juni 1888 i. S. Wittwe Schweizer-Körner c. H. Neuhaus und H. Glättli.

In dem gegen K. H.-N. am 12. September 1887 eröffneten Concurse sprach Frau S. eine Miethzinsforderung von Fr. 325 an, berechnet für ein mit 1. Januar 1888 beginnendes Vierteljahr, welche nicht bestritten wurde. Sie sprach aber für diesen Vierteljahrszins auch das Retentionsrecht an den in Art. 294 O. R. bezeichneten Sachen an und dieser Anspruch wurde bestritten. Die Miethe hatte mit 1. Januar 1887 begonnen. Für das erste Miethjahr waren die Miethzinstermine festgesetzt auf 1. April, 1. Juli und 1. October. Vom 1. Januar 1888 an war der Miethzins in vierteljährlichen Raten von Fr. 325 zu bezahlen. Am 12. September 1887 hätte die Miethe frühestens auf den 1. April 1888 gekündet werden können.

Die Appellationskammer des Obergerichtes wies den Anspruch der Frau S. ab und führte aus, dass gemäss Art. 294 O. R. ein Retentionsrecht für den auf das Jahr 1888 fallenden Miethzins deshalb nicht bestehe, weil mit Rücksicht darauf, dass die Miethe am 1. Januar 1887 begonnen habe, das Jahr 1887, in dessen Monat September die Eröffnung des Concurses gegen den Miether falle, als das laufende Miethjahr zu betrachten sei.

Das Cassationsgericht, an welches die Sache gelangte, erblickte aber in diesem Entscheide eine Verletzung klaren Rechtes und hob denselben auf.

Gründe: Art. 294 des O. R. gewährt dem Vermiether das Retentionsrecht „für den Miethzins des verflossenen und des laufenden Jahres“. Nun leuchtet ein, dass für Beantwortung der Frage, welcher Miethzins als ein Miethzins des verflossenen, und welcher als ein Miethzins des laufenden Jahres anzusehen sei, es unerheblich ist, wann die Miethe

begonnen habe, und dass man vom Ende, nicht vom Anfang der Miethe an zu rechnen hat. Die einzig richtige Beantwortung der Frage, die nicht zu Folgerungen führt, die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und namentlich auch dem Grundsatze widersprechen würden, dass einer gesetzlichen Bevorzugung zunächst die nicht fälligen Forderungen, sodann die vor nicht langer Zeit verfallenen, vom Gläubiger nicht sorglos creditirten Forderungen würdig sind, ist die, dass das laufende Jahr vom Tage an beginnt, an welchem nach dem Vertrage der letzte Zins vor dem Ereignisse, welches zur Geltendmachung des Retentionsrechtes berechtigt, verfallen ist. Im vorliegenden Falle konnte daher die Ansprecherin am 12. September 1887, als der Miether sie gemäss Art. 228 des O. R. durch seine Zahlungsunfähigkeit zur Geltendmachung des Retentionsrechtes berechtigte, während die letzte Miethzinsrate am 1. Juli 1887 verfallen war und die Miethe beidseitig frühestens auf den 1. April 1887 hätte gekündigt werden können, das Retentionsrecht nicht nur für die Ausstände des Jahres 1887, sondern auch für den auf die Zeit vom 1. Januar bis 31. März 1888 fallenden Miethzins geltend machen.

---

102. *Louage d'ouvrage. Réclamation sur l'un de plusieurs objets suspendant la reconnaissance de tous. Art. 357 et 361 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 4 juillet 1888 d. l. c. Wanner c. Anthonioz.

Wanner a chargé Anthonioz de la fourniture de huit cheminées au prix de 200 fr. pièce. Les cheminées ont été posées dans les mois de février et mars 1885, et le 25 mars, A. a envoyé sa facture, se montant à 1600 fr., disant que dans quelques jours il expédierait les grilles. Le 5 avril, W. a écrit à A. qu'il avait constaté qu'à l'une des cheminées la catelle supérieure était cassée et qu'il ne pouvait l'accepter. A. a fait remplacer la catelle brisée dans le courant de février 1886 et a demandé à W. le paiement de 400 fr. encore dus, après un acompte de 1200 fr. reçu le 15 juillet 1885. W. a refusé de payer, disant que la catelle remplacée n'était pas acceptable et qu'en outre il avait constaté un défaut à la garniture de toutes les autres cheminées. A. a ouvert action à W., lequel a conclu à libération, le prix des sept cheminées qu'il consent à garder étant réduit de 200 fr. la pièce à 150 fr.; il a en outre pris des conclusions reconven-

tionnelles en restitution de la valeur payée et en dommages et intérêts, relatives à la cheminée faisant l'objet de sa première réclamation. A. a excipé que W., après avoir payé un acompte de 1200 fr. sans faire d'observations autres que celle relative à une catelle brisée, était à tard pour formuler d'autres griefs. Le Tribunal du district de Lausanne et le Tribunal cantonal ont repoussé ce moyen exceptionnel.

Motifs: Considérant que le contrat passé entre W. et A. a porté sur l'ensemble de huit cheminées, qu'il formait ainsi un tout et qu'une réclamation sur un de ces objets seulement doit suffire à elle seule pour suspendre toute reconnaissance définitive du travail.

Que, dès lors, l'on doit admettre que W. n'a pas accepté tacitement l'ouvrage d'A. (361 C. O.), mais qu'au contraire il en a vérifié l'état dans le délai usuel et a signalé à l'entrepreneur le défaut qu'il avait remarqué, conformément à l'art. 357 C. O.

---

103. *Raison de commerce. Maintien, sur les enseignes, du nom du prédécesseur. Art. 867 et 874 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 17 octobre 1887 d. l. c. Baussant c. Salansonnet.

Baussant a vendu à Salansonnet le restaurant qu'il exploitait à Genève et qui portait pour enseigne: *Restaurant Baussant.* Rien, dans la convention, n'indique que l'acquéreur ait été expressément autorisé à faire figurer ce nom dans les enseignes depuis le jour du contrat. Salansonnet a laissé sur quelques enseignes les mots de: *Baussant, restaurateur,* et sur d'autres, ces mêmes mots avec l'adjonction de ceux-ci: *Salansonnet, successeur.* Baussant a demandé que S. fût condamné à enlever toutes ces enseignes. Le tribunal de commerce l'a débouté de ses conclusions, la Cour de Justice civile a reformé ce jugement et a enjoint à S. de faire disparaître les enseignes, portant exclusivement le nom de *Baussant.*

Motifs: Considérant que, d'après les dispositions de l'art. 867 C. O., celui qui est à la tête d'une maison ne peut prendre pour raison de commerce que son nom de famille, avec ou sans prénoms; que, aux termes de l'art. 874 du même Code, celui qui succède, par acquisition ou autrement, à un établissement déjà existant, est soumis aux mêmes dispositions. Il peut toutefois indiquer dans sa raison à qui il

succède, s'il y est autorisé expressément ou tacitement par son auteur ou par les héritiers de celui-ci;

Que ces dispositions ne peuvent, à la vérité, être appliquées comme loi écrite à la convention de 1881 qui est antérieure à la mise en vigueur du Code des obligations, mais qu'elles peuvent être invoquées comme raison écrite, puisqu'elles ne font que proclamer un principe général de droit qui s'impose à toutes les législations;

Qu'il est évident, en effet, que les noms de famille appelés par leur destination à distinguer les personnes, constituent ainsi une propriété exclusivement personnelle à ceux qui ont le droit de les porter; que, dès lors, employés comme raison de commerce, ils ne peuvent légalement indiquer que ceux qui jouissent de ce droit; qu'il suit de là que, lorsqu'un établissement commercial a été vendu à un étranger, celui-ci ne peut laisser à sa nouvelle maison le nom de son prédécesseur comme seule raison de commerce; qu'un abus de ce genre aurait d'ailleurs pour effet de tromper le public et de compromettre, dans certains cas, la réputation et même les intérêts du vendeur;

Que, d'après les principes ci-dessus exposés, Salansonnet n'a pas le droit d'exposer en public les enseignes portant exclusivement le nom de Baussant;

Considérant que les obstacles légaux et les inconvénients ci-dessus signalés disparaissent, quand l'acquéreur d'un établissement indique sur les enseignes son nom et celui de la personne à laquelle il succède; qu'un tel procédé est généralement admis par les usages du commerce et puise, d'ailleurs, sa raison d'être dans l'intérêt commun qu'ont les deux parties contractantes, de transmettre à la nouvelle maison la clientèle attachée à l'ancienne;

Que, dans l'espèce, Baussant reconnaît avoir compris ses enseignes dans la vente du mobilier qu'il a faite à Salansonnet; que, d'autre part, il a laissé pendant 6 ans son successeur se servir de son nom; qu'il a ainsi tacitement autorisé ce dernier à employer, dans les limites ci-dessus, le nom de Baussant dans sa raison de commerce; que, dans ces conditions, l'appelant n'est pas recevable à demander la suppression de son nom sur les enseignes portant ces mots: *Salansonnet, successeur*.

---

104. *Wechselprocess. Einrede des Beklagten, dass er wechselrechtlich nicht belangbar sei, weil er zur Zeit der Vollstreckungs- und Klaganhebung nicht mehr im Handelsregister eingetragen gewesen. Art. 901 O. R.*

Aargau. Urtheil des Obergerichts vom 8. September 1888.

Am 14. December 1887 zog B. W. auf K. S. einen Wechsel im Betrage von Fr. 500, zahlbar am 15. März 1888; der Trassat versah denselben mit seinem Accept und der Trassant B. W. indossirte später an G. K. Beim Verfall ist der Wechsel von dem Bezogenen nicht eingelöst und auf die erwirkte Vollstreckung Recht dargeschlagen worden. Gegen die vom Indossatar erhobene Klage auf Zahlung des Wechselbetrags wandte der Beklagte ein, dass er wechselrechtlich nicht belangbar sei, weil er zur Zeit der Vollstreckungs- und Klaganhebung nicht mehr im Handelsregister eingetragen gewesen. Das Obergericht hat in Bestätigung des Urtheils erster Instanz dem Kläger sein Rechtsbegehren zugesprochen.

Motive: Nach der Actenlage muss es als constatirt angenommen werden, dass der Beklagte zur Zeit der Acceptirung des Wechsels und des Verfalles desselben im Handelsregister eingetragen, dagegen zur Zeit der Vollstreckungs- und Klaganhebung in demselben wieder gelöscht gewesen. Auf den letztern Umstand basirt der Beklagte die Einrede, dass er auf dem Wege des Wechselprocesses nicht mehr belangt werden dürfe, und sucht sie mit Art. 720, 2. Absatz des O. R. zu begründen, wonach die in cantonalen Gesetzen für Wechselexecution und Wechselprocess enthaltenen besondern Vorschriften nur auf diejenigen Personen und Gesellschaften beschränkt bleiben, welche im Handelsregister eingetragen sind, während Kläger behauptet, der Beklagte sei wechselrechtlich belangbar, weil er zur Zeit des Accepts und des Verfalls des Wechsels im Handelsregister eingetragen gewesen und dieser Zeitpunkt als entscheidend angesehen werden müsse.

Es rechtfertigt sich, der Auffassung des Klägers beizupflichten. Die Vorschrift des Art. 901 des O. R., dass die Haftung aus einer Wechselunterschrift und die Zulässigkeit der Wechselexecution nach demjenigen Recht zu beurtheilen seien, welches zur Zeit der Unterzeichnung massgebend war, bezieht sich zwar zunächst auf die Collision des Obligationenrechts selbst mit den bisherigen cantonalen wechselrechtlichen Bestimmungen; allein es lässt sich daraus auch der allgemeine Satz ableiten, dass die Wirkung einer Wechselunterschrift

überhaupt nach denjenigen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen zu beurtheilen sei, welche zur Zeit der Unterzeichnung bestanden haben. Eine Folge und Wirkung der Wechselunterschrift ist die Möglichkeit und Zulässigkeit des Wechselprocesses gegen den Unterzeichnenden. Beklagter war aber zur Zeit, als er sein Accept ertheilte, im Handelsregister eingetragen, folglich aus seiner Unterschrift wechselrechtlich belangbar geworden und bleibt belangbar, auch wenn er seither sich im Handelsregister hat streichen lassen. Es darf nicht in die Willkür des Verpflichteten gelegt werden, eine einmal übernommene Verpflichtung dadurch aufzuheben, dass er sich im Handelsregister streichen lässt.

---

105. *Accident de chemin de fer. Définition du terme „exploitation". Art. 2 de la loi féd. du 1er juillet 1875, et art. 50 C. O.*

Vaud. Arrêt de la Cour civile du 23 août 1888 d. l. c. Blanc c. S. O.-S.

D. Villa a fait expédier de Genève, à son adresse en la gare de Lausanne, quatre boeufs charolais. Ces animaux avaient été attachés au moyen de cordes, ainsi que l'exige l'art. 60 du règlement de transport des chemins de fer suisses du 9 juin 1876. Le wagon contenant ces quatre boeufs fut, dès l'arrivée du train, mis en place au quai de déchargement des bestiaux. Villa chargea deux commissionaires C. et D. de procéder à leur déchargement, et quitta la gare. Deux des boeufs furent déchargés et emmenés de la gare; les deux autres donnaient des signes de fureur, et ni les commissionnaires ni E. Barbey, employé de la compagnie spécialement préposé au transport des bestiaux, qui était présent, n'essayèrent de les sortir du wagon. Villa, qui attendait ces boeufs à l'abattoir de Lausanne, descendit alors à la gare, reprocha à Barbey de n'avoir pas su décharger ces animaux, prétendant qu'il en avait l'obligation. Barbey répondit que c'était au destinataire qu'incombait cette charge; que l'un des deux boeufs étant d'ailleurs furieux, il fallait prendre des précautions spéciales. Alors Villa ouvrit son couteau, entra dans le wagon et coupa la corde qui retenait le boeuf furieux. Le boeuf se précipita hors du wagon et s'élança sur la voie ferrée dans la direction d'où les trains de Neuchâtel et de Pontarlier allaient arriver. L'aiguilleur Blanc qui était en son poste voulut l'arrêter, mais il fut lancé par

le boeuf sur le talus et retomba grièvement blessé sur le chemin de Cour. Ensuite de cet accident Blanc a ouvert action contre la compagnie S. O.-S. et a conclu au paiement de 15000 fr. à titre d'indemnité. La compagnie a évoqué en garantie personnelle D. Villa et a conclu à libération, soit parce que l'accident n'est pas survenu dans l'exploitation, soit parce que, à supposer qu'il soit survenu dans l'exploitation, il est dû à la négligence et à la faute de Villa. La Cour civile a déclaré que la compagnie est débitrice de Blanc d'une somme de 8000 fr. à titre de dommages et intérêts, et a condamné Villa à payer à la compagnie les $^{11}/_{12}$ de cette somme.

Motifs: Considérant que le fait original cause de l'accident consiste dans l'opération du déchargement de l'animal, dans la prise de livraison par le destinataire qui reçoit du transporteur l'objet transporté.

Que ce fait est inséparable des opérations d'exploitation d'une compagnie de chemin de fer.

Considérant, d'autre part, que Blanc était en son poste et qu'il faisait son service régulièrement; qu'il remplissait donc son devoir d'aiguilleur et travaillait dans l'exploitation de la compagnie en essayant de chasser le boeuf d'une voie ferrée sur laquelle deux trains devaient passer quelques minutes plus tard.

Considérant que l'accident est donc bien survenu dans l'exploitation et qu'en principe la compagnie S. O.-S. en est responsable.

Que la compagnie ne saurait se dégager entièrement de cette responsabilité par le fait de personnes non employées pour le transport, attendu qu'elle aussi a commis une faute, puisque les employés de la compagnie auraient dû s'opposer à ce que Villa détachât le boeuf.

Que, dans le cas particulier, Barbey aurait dû dénoncer immédiatement le cas à ses supérieurs de la gare et ne pas se borner à donner de simples conseils à Villa.

Quant à Villa:

Considérant que, dans l'espèce, Villa n'a pris aucune précaution et qu'au contraire il a refusé de suivre les conseils des employés de la compagnie; qu'en procédant de cette manière, il a contrevenu à l'art. 9 du règlement et tarif pour le transport des animaux vivants et qu'il a ainsi commis une grande imprudence dont il doit être rendu responsable en supportant la plus grande partie du dommage qu'il a causé par sa faute (art. 50 C. O.).

---

196. *Contrefaçon de marques de fabrique. Loi féd. conc. la protection des marques de fabrique, Art. 19.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 15 nov. 1887 d. l. c. Bovet c. Rueff.

La maison Bovet-Lardet de Fleurier, qui a une succursale à Alexandrie (Egypte), a eu connaissance que des produits d'horlogerie similaires aux siens et revêtus de ses marques de fabrique étaient vendus en Egypte. A la suite de recherches ultérieures il a été établi que la maison Rueff frères avait livré une grosse de montres argent à un nommé Lazarus, à Alexandrie, sur sa demande expresse et sur les échantillons fournis par lui, portant la marque de fabrique de la maison Bovet en caractères arabes. Rueff frères affirment que c'était dans l'ignorance absolue qu'elle portait une marque de fabrique qu'ils ont fabriqué et livré cette grosse. Le Tribunal cantonal a alloué à la maison demanderesse (Bovet) 5000 fr. pour la réparation du préjudice causé.

Motifs: Considérant quant à l'intention qui a présidé aux actes des défendeurs, qu'il n'est pas prouvé qu'ils aient agi dolosivement, car ils ont reçu deux commissions de Lazarus, lequel leur était inconnu et a été introduit auprès d'eux par une tierce personne, et il n'est pas établi qu'ils aient su, en acceptant ces commissions, que les caractères arabes gravés sur les montres qui leur étaient remises pour modèles étaient les marques de fabrique de la maison demanderesse;

Que par contre, ils ont agi avec négligence;

Que, habitant la Suisse où ils sont fabricants d'horlogerie et où ils ont fait inscrire eux-mêmes leur marque de fabrique, il leur était très facile, avec un peu d'attention et pendant tout le temps qu'a duré la fabrication de leurs montres, de remarquer que les montres que Lazarus leur avait données pour modèles étaient de fabrication suisse;

Qu'il leur suffisait de consulter le registre des marques de fabrique suisses pour s'apercevoir que ces montres portaient des marques de fabrique appartenant à une maison suisse;

Que ces actes de négligence engagent la responsabilité des défendeurs et justifient, à teneur de l'article 19 de la loi fédérale concernant la protection des marques de fabrique, la demande en indemnité qui est formée contre eux pour le préjudice causé à la demanderesse;

Qu'il est établi que Lazarus n'est pas le seul négociant auquel Rueff frères ont livré des montres revêtues des mar-

ques contrefaites; qu'ils ont dit qu'ils en vendaient beaucoup à une autre maison (de Genève); que leurs montres étaient de qualité inférieure à celles de Bovet-Lardet; que le bon renom de celui-ci comme fabricant d'horlogerie a dû souffrir de cette concurrence, que ses prix ont dû être baissés; que la vente de ses montres en Egypte a diminué depuis les six derniers mois de l'année 1885, et que ses recherches pour découvrir les auteurs de la contrefaçon de ses marques et l'étendue du préjudice lui ont occasionné de fortes dépenses.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

VIII. Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dec. 1872.
Art. 8 Abs. 2, Nr. 8. Art. 32 Abs. 1, Nr. 35.

IX. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen vom 1. Juli 1875.
Nr. 87. Art. 2, Nr. 35. 105.

X. Bundesgesetz betr. Handhabung der Bahnpolizei vom 18. Febr. 1878. Art. 3 Abs. 2, Nr. 35.

XI. Bundesgesetz betr. die Arbeit in den Fabriken vom 23. März 1877. Nr. 89.

XII. Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881.
Art. 1, 2, 5, 6: Nr. 88. Art. 5, c, Nr. 36. Art. 10, Nr. 89.

XIII. Bundesgesetz über Jagd und Vogelschutz vom 17. Sept. 1875.
Art. 11, 14, 21, Nr. 59.

XIV. Bundesgesetz betr. Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.
Art. 27 Z. 1: Nr. 1. Art. 29, Nr. 4. 60. 61. 91. 92.
„ 27 Z. 4: „ 31. „ 31, „ 1.

XV. Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Nov. 1850.
Art, 6, 8, 43: Nr. 94. Art. 197, Nr. 95.

XVI. Concordat über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15 Juli 1822. Nr. 97.

XVII. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869
Art. 1, Nr. 37. 70. Art. 5, Nr. 90.

XVIII. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Baden betr. Behandlung der beiderseitigen Angehörigen in Concursfällen vom 7. Juli 1808. Nr. 10.

III. Register nach Cantonen geordnet.

Zürich.

Nr. 15 (Eigenthumsvorbehalt). — Nr. 17 (Art. 276 f. O. R.). — Nr. 24 (Art. 508 O. R.). — Nr. 26 (Art. 618 f. O. R.). — Nr. 27 (Art. 815 O. R.). — Nr. 43 (Art. 61 O. R.). —

Nr. 48 (Art. 192 O. R.). — Nr. 56 (Art. 559 und 597, 205 und 207 O. R.). — Nr. 82 (Art. 243 O. R.). — Nr. 84 (Art. 400, 65 O. R.). — Nr. 85 (Art. 452 O. R.). — Nr. 88 (B.-G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb). — Nr. 98 (Art. 50 und 55 O. R). — Nr. 101 (Art. 294 O. R.).

Bern.

Nr. 41 (Art. 50, 55 O. R.).

Luzern.

Nr. 11 (Art. 65 O. R.). — Nr. 13 (Art. 143 O. R.). — Nr. 47 (Art. 137 O. R.). — Nr. 55 (Art. 510 und 882 O. R.). — Nr. 58 (B.-G. betr. Civilstand und Ehe Art. 43). — Nr. 77 Art. 128, 184 O. R.). — Nr. 79 (Art. 213 O. R.). — Nr. 99 (Art. 55 O. R.).

Freiburg.

Nr. 14 (Art. 146 f. O. R.).

Baselstadt.

Nr. 19 (Art. 294 O. R.). — Nr. 22 (Art. 499 O. R.). — Nr. 39 (Art. 26 f. O. R.). — Nr. 46 (Art. 122, 179 O. R.). — Nr. 53 (Art. 423 O. R.). — Nr. 80 (Art. 214 f. 224, 637 O. R.). — Nr. 89 (B.-G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb). — Nr. 100 (Art. 61 O. R.).

Baselland.

Nr. 25 (Art. 59 B.-V. und 580 O. R.). — Nr. 74 (Art. 50 O. R.).

Schaffhausen.

Nr. 12 (Art. 67 O. R.). — Nr. 73 (Art. 34 f. O. R.). — Nr. 81 (Art. 224 O. R.).

St. Gallen.

Nr. 45 (Art. 96 O. R.). — Nr. 49 (Art. 199 f. O. R.). — Nr. 57 (Art. 748 O. R.). — Nr. 59 (B.-G. betr. Jagd).

Aargau.

Nr. 104 (Art. 901 O. R.).

Thurgau.

Nr. 29 (Art. 10 B.-G. über Handlungsfähigkeit). — Nr. 40 (Art. 35 O. R.). — Nr. 52 (Art. 312, 315 O. R.). — Nr. 83 (Art. 264 O. R.).

Vaud.

Nr. 16 (Art. 213 C. O.). — Nr. 21 (Art. 12, 491 C. O.). — Nr. 28 (Art. 829, 883 C. O.). — Nr. 30 (Art. 7, 10 loi féd.

sur la capacité civile). — Nr. 38 (Art. 18, 19, 72, 813 C. O.). — Nr. 44 (Art. 95 C. O.). — Nr. 50 (Vente). — Nr. 72 (Art. 17, 110 s. C. O.). — Nr. 75 (Art. 50, 55 C. O.). — Nr. 102 (Art. 357, 361 C. O.). — Nr. 105 (loi féd. sur la responsabilité des chemins de fer).

Neuchâtel.

Nr. 20 (Art. 62, 351, 367, 370 C. O.). — Nr. 23 (Art. 502 s. C. O.). — Nr. 78 (Art. 47 C. O.). — Nr. 106 (loi féd. sur la protection des marques de fabrique).

Genève.

Nr. 18 (Art. 288 C. O). — Nr. 42 (Art. 55 C. O.). — Nr. 51 (Art. 243 C. O.). — Nr. 54 (Art. 502 C. O.). — Nr. 76 (Art. 62 C. O.). — Nr. 86 (Art. 828, 813 C. O.). — Nr. 87 (loi féd. sur la responsabilité des chemins de fer). — Nr. 90 (Convention entre la Suisse et la France). — Nr. 103 (Art. 867, 874 C. O.).

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VII. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIIe Volume.

Basel.

C. Detloff's Buchhandlung

1889.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VII. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VII[e] Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1889.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Art. 882 O. R. Verhältniss des eidg. O. R. zum kantonalen Gewohnheitsrecht. Bedeutung der Börsenüsancen.*

Das eidg. O. R. hat in den von ihm geregelten Materien, soweit nicht besondere Vorbehalte gemacht sind, das gesammte bisherige kantonale Gesetzes- und Gewohnheitsrecht aufgehoben, wie ihm denn, da es für die gesammte Schweiz absolut gemeines Recht schafft, auch in Zukunft weder durch kantonales Gesetz noch durch Gewohnheiten derogirt werden kann. Wären daher (was übrigens nicht der Fall ist) die Bestimmungen von Börsenüsancen als Gewohnheitsrechtssätze, als objektive Rechtsnormen zu betrachten, so wären sie durch das eidg. O. R. aufgehoben. Dieselben können nur als stillschweigend vereinbarter Vertragsbestandtheil, als lex contractus, in Betracht kommen. (Entsch. vom 13. Septbr. 1888 i. S. Gebr. Waller c. Abt.)

---

2. *Art. 882 O. R. Nach welchem Rechte bestimmt sich die rechtliche Natur einer vor Inkrafttreten des eidg. O. R. entstandenen Obligation?*

Die Frage, ob eine Obligation sich als Vertrags- oder als Delictsobligation qualificire, ist nach dem zur Zeit ihrer Entstehung massgebenden Gesetze zu beurtheilen. Wenn daher ein kantonales Gericht eine vor dem 1. Januar 1883 unter der Herrschaft des kantonalen Gesetzes entstandene Obligation als Vertragsobligation erklärt, so ist das Bundesgericht an diesen Entscheid gebunden, und es ist derselbe auch für die Frage, welche Frist zur Verjährung des betreffenden Anspruchs gemäss Art. 883 O. R. in Verbindung mit dem früheren kantonalen Rechte erforderlich sei, beziehungsweise ob Art. 146 O. R. in Verbindung mit Art. 883 Abs. 1, oder Art. 69 in

Verbindung mit Art. 883 Abs. 2 zur Anwendung komme, massgebend. (Entsch. vom 21. Septbr. 1888 i. S. Godat c. Hoffmann.)[1])

---

3. *Art. 50 ff. O. R. Schadensersatz bei ungerechtfertigtem Arrest. Massgebende civilrechtliche Grundsätze. Konkurrenz des kantonalen und eidg. Rechtes. Verjährung der Klage nach eidg. Recht.*

Wittwe Z. hatte unter Berufung auf Art. 50 ff. O. R. gegen Gebrüder H. Schadensersatzklage wegen ungerechtfertigten Arrestes erhoben, das kantonale Gericht dieselbe aber abgewiesen, von der Annahme ausgehend, der Anspruch auf Ersatz des der Z. durch den Arrest zugefügten Schadens sei verwirkt, indem dieser Anspruch durch das kantonale Recht beherrscht werde und nun nach Art. 626 des bernischen Gesetzes über das Vollziehungsverfahren derselbe, da die Wittwe Z. seiner Zeit die Verweisung des Processes in das ordentliche Verfahren nicht verlangt habe, bereits im Arrestbestätigungsverfahren hätte geltend gemacht werden sollen.

Das Bundesgericht erklärt diese Ansicht als unbegründet. Seinem Urtheil entnehmen wir folgendes:

1. Allerdings ist es der kantonalen Process-Gesetzgebung anheimgegeben, zu bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Arrest statthaft sei. Dieselbe kann daher die Bewilligung eines Arrestes davon abhängig machen, dass der Arrestsucher (eventuell unter Cautionsbestellung) durch besondere Erklärung die Gefahr der von ihm beantragten Massnahme übernehme; sie kann auch ein- für allemal als allgemeine Regel vorschreiben, dass die Bewilligung eines Arrestes stets nur auf Gefahr des Arrestnehmers erfolge, so dass dieser den Arrestaten, bei späterer richterlicher Aufhebung des Arrestes, ohne weiteres schadlos zu halten habe. Die Bestimmung des § 626 des bernischen Gesetzes über das V. V., wonach der im Arrestbestätigungsverfahren unterliegende Arrestnehmer stets zu vollständiger Schadloshaltung des Arrestaten zu verurtheilen ist, besteht daher fortwährend zu

---

[1]) In casu handelte es sich um eine Schadensersatzforderung gegen einen bernischen Notar wegen fehlerhafter Ausstellung einer hypothekarischen Obligation. Das bernische Obergericht hatte den Anspruch als vertraglichen erklärt, während die beklagte Partei — der Amtsbürge des Notars — behauptete, es handle sich um einen Anspruch aus Delict.

Recht.[1]) Daneben gilt aber die in Art. 50 O. R. niedergelegte bundesrechtliche Privatrechtsnorm, dass aus jeder widerrechtlichen, durch Absicht oder Fahrlässigkeit verursachten, Schadenszufügung ein Ersatzanspruch des Beschädigten entstehe, allgemein, auch für Schädigungen durch processuale oder Zwangsvollstreckungshandlungen, insbesondere durch Herausnahme eines Arrestes. Sofern daher die Herausnahme eines Arrestes den Thatbestand des Art. 50 O. R. erfüllt, so entspringt daraus, neben dem allfälligen kantonalrechtlichen Anspruche ex lege, ein Delictsanspruch eidgenössischen Rechtes. Ein derartiger Delictsanspruch untersteht, wie rücksichtlich seiner Entstehung und seines Inhalts so auch rücksichtlich seiner Erlöschung, gleich jeder andern Obligation eidgenössischen Rechtes (von besondern ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalten des kantonalen Rechts durch das Bundesgesetz selbstverständlich abgesehen) ausschliesslich den Normen des eidgenössischen Rechts. Die kantonale Gesetzgebung ist nicht befugt, neben den Erlöschungsgründen des eidgenössischen Rechts für die bundesrechtlich geordneten Obligationen noch andere Erlöschungsgründe, sei es des Forderungsrechtes selbst, sei es seines praktisch bedeutsamsten Ausflusses, des Klagerechtes, einzuführen oder festzuhalten (s. Entsch. d. B.-Ger. i. S. Arlès-Dufour, A. Slg. Bd. XIII. S. 202 Erw. 4).[2]) Dagegen gelten für den durch das kantonale Processgesetz gewährten Anspruch ex lege selbstverständlich die Bestimmungen des kantonalen Rechts in allen Beziehungen, also auch rücksichtlich seines Unterganges durch Verwirkung, fort. Daraus folgt einerseits, dass das Bundesgericht nicht zu untersuchen hat, ob die Vorinstanz den letztern Anspruch mit Recht oder mit Unrecht als verwirkt zurückgewiesen habe, — andrerseits dass dem, einzig in die Competenz des Bundesgerichtes fallenden, Delictsanspruch eidgenössischen Rechts die Einwendung der Verwirkung aus dem kantonalen Rechte nicht entgegengestellt werden kann, da die kantonale Gesetzgebung überhaupt nicht befugt ist, für diesen Anspruch besondere, dem eidgenössischen Rechte unbekannte, Erlöschungsgründe durch Verwirkung und drgl. aufzustellen.

2. Auch die Einrede des Beklagten, dass ein Anspruch aus Art. 50 O. R. gemäss Art. 69 ib. verjährt sei, weil —

---

[1]) Vgl. auch Zürch. Gesetz über die Rechtspflege § 600 und dazu **Sträuli**, Commentar S. 292 f.

[2]) Siehe diese **Revue** Bd. V S. 122 Nr. 86.

zwar nicht von der Aufhebung des Arrestes — wohl aber von dessen Auswirkung an mehr als ein Jahr verflossen sei, erscheint nicht als richtig. Die Schädigung durch ungerechtfertigten Arrest ist nicht mit dem Augenblick der Herausnahme oder Ausführung des Arrestes vollendet, sondern dieselbe dauert (als fortdauerndes civilrechtliches Delict) so lange fort, als der Arrest besteht; erst mit der Aufhebung des Arrestes erreicht dieselbe ihr Ende, da erst mit diesem Momente der Eingriff in die Vermögensrechte des Arrestaten aufhört. Die Verjährung einer bezüglichen Schadensklage beginnt daher erst mit der Aufhebung des Arrestes zu laufen.

3. Mit Rücksicht auf die, vom Bundesgerichte nach bekanntem Grundsatze nicht nachzuprüfende, Entscheidung des kantonalen Gerichts ist zwar ohne weiteres anzunehmen, dass ein Arrestgrund nach Massgabe der kantonalen Prozessgesetzgebung nicht vorlag, der Arrest also objektiv rechtswidrig war. Allein dies genügt zur Begründung einer Schadenersatzklage nach Art. 50 O. R. nicht; denn Art. 50 O. R. verlangt, wie sein Wortlaut deutlich zeigt, eine Schädigung durch Absicht oder Fahrlässigkeit; also durch Verschulden des Schädigers. Ein solches (subjectives) Verschulden kann nun nicht ohne weiteres darin gefunden werden, dass ein objectiv ungerechtfertigter resp. später vom Richter wieder aufgehobener Arrest ausgewirkt wurde, vielmehr wird der Arrestnehmer nur dann für den erwachsenen Schaden nach Art. 50 O. R. verantwortlich, wenn er beim Nachsuchen des Arrestes ein ihm zum Verschulden anzurechnendes Versehen begangen hat. Ihn schlechthin, auch ohne Nachweis eines Verschuldens, haftbar erklären, hiesse über den Rahmen einer Delictsobligation hinausgehen und in That und Wahrheit einen, dem eidgenössischen Rechte fremden, Ersatzanspruch ex lege für einen vom Beklagten bloss veranlassten, nicht aber, wie dies zum Entstehen einer obligatio ex delicto erforderlich ist, verschuldeten Schaden statuiren.[1]) Festzuhalten ist dagegen allerdings, dass der Arrestnehmer für jedes, auch bloss leichte, Versehen haftet. Der Arrest, welcher auf einseitiges Nachwerben des Gläubigers ohne Anhörung des Schuldners bewilligt und dessen Ausführung von letzterm durch Einspruch nicht abgewendet werden kann, enthält einen

---

[1]) Vgl. Dernburg, Pandekten II. S. 347 § 135 und Preuss. Priv.-Recht II. S. 853 Ziff. 2. Entscheidungen des deutschen R.-G. in Civilsachen Bd. VII. S. 574; XVI. S. 328. Seuffert, Archiv Bd. 42 Nr. 287 und 288, S. 408 ff.

unmittelbaren schweren Eingriff in die Vermögensrechte des Schuldners. Er kann mit den Acten der ordentlichen Schuldbetreibung oder gar mit gerichtlicher Einklagung eines Rechts nicht auf eine Linie gestellt werden. Eine so einschneidende und für den Schuldner präjudicirliche Massnahme wie den Arrest darf daher ein ordentlicher, einsichtiger und rechtlicher Mensch nur auf Grund sorgfältiger, ernsthafter Erwägung der Verhältnisse beantragen. Wer ohne eine solche leichthin mit einer Arrestnahme vorgeht, begeht, mag er immerhin nicht böswillig, sondern nur leichtfertig oder unüberlegt verfahren sein, eine schuldhafte Handlung und haftet daher für den daraus entstandenen Schaden. Der Umstand, dass speziell wenigstens nach bernischem Rechte, der Arrest nur nach vorgängiger richterlicher Bewilligung ausgeführt werden darf, enthebt den Arrestnehmer seiner Verantwortung nicht; denn wenn auch der Richter den Bestand einer Forderung und das Vorhandensein eines Arrestgrundes bei Bewilligung des Arrestes vorläufig zu prüfen hat, so ist er dabei doch im wesentlichen lediglich auf die einseitigen Vorlagen des Arrestnehmers angewiesen. (Entsch. vom 28. Oktbr. 1888 i. S. Zeys c. Gebr. Gonin.)

---

4. *Art. 137, 406 und 412 O. R. Anfechtbare Kompensation im Konkurse; Voraussetzungen der Anfechtbarkeit. Thatbestand der Anweisung.*

Durch Kaufvertrag vom 23. Juli 1887 verkaufte der Käser S. dem H. ein Quantum Käse. Dieser Kauf war vermittelt worden durch J. A. Das kantonale Gericht stellt fest, dass anlässlich des durch A. vermittelten Kaufabschlusses zwischen S. und H. die folgende im Käsehandel übliche Vereinbarung getroffen worden sei. Der Vermittler solle dem S. durch Eingehung von Wechselbürgschaften resp. durch Girirung von Wechseln behülflich sein, das für die Zahlungen an seine Milchlieferanten erforderliche Geld zu beschaffen. Hinwieder solle A. dadurch sichergestellt werden, dass der Käufer seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von A. unterzeichneten Wechsel an diesen und nicht an S. bezahle oder dann zum Zwecke der Einlösung fraglicher Wechsel selbst verwende. Diese Verabredung sei von allen Betheiligten, H. und A., genehmigt worden. S. stellte nun drei Eigenwechsel an die Ordre des J. A. aus, welche A. der Abrede gemäss an verschiedene Banken girirte. Etwa 2 Monate vor Verfall der Wechsel starb S. und einen Monat später

wurde der Konkurs über dessen Nachlass eröffnet. Inzwischen hatte H. im Einverständniss mit A. die drei Wechsel an sich gebracht, den einen direkt durch Indossement der betr. Bank, die beiden andern durch Indossement des A., welcher dieselben von den Bankinstituten zurückerworben hatte. Im Konkurse des S. verstellte H. seine Forderung aus den drei Wechseln zur Verrechnung gegen seine Kaufpreisschuld. Die Konkursmasse S. focht aber, unter Berufung auf Art. 137 O. R., diese Verrechnung an und klagte gegen H. auf Zahlung seiner Kaufpreisschuld zur Konkursmasse. Das Bundesgericht liess — in Uebereinstimmung mit dem kantonalen Gericht[1]) — die Kompensation zu. Motive: Unbestrittenermassen sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Verrechnung an sich gegeben und kann es sich nur fragen, ob nicht dieselbe gemäss Art. 137 O. R. deshalb angefochten werden könne, weil der Beklagte die von ihm zur Verrechnung verstellten Wechselforderungen an S. zwar vor der Konkurseröffnung, aber in Kenntniss der Zahlungsunfähigkeit des S. resp. seines Nachlasses erworben habe, um sich oder einem andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden. Wäre dies zu bejahen, so müsste die Verrechnung vom Richter verweigert werden. Denn die Meinung, dass der Richter gemäss dem Schlusssatze des Art. 137 cit. befugt sei, auch bei Vorhandensein des Thatbestandes dieses Artikels die Verrechnung nach freiem Ermessen dennoch zu gestatten, kann nicht gebilligt werden. Wenn der Schlusspassus des Art. 137 sagt, der Richter „entscheidet darüber unter Würdigung der Umstände nach freiem Ermessen", so wird dadurch der Richter nicht ermächtigt, den im ersten Satze des Artikels aufgestellten Rechtssatz je nach Umständen, nach Ermessen und Willkür anzuwenden oder auch nicht anzuwenden, sondern es wird nur bestimmt, dass der Richter darüber, ob die thatsächlichen Voraussetzungen des fraglichen Rechtssatzes gegeben sind (ob der Schuldner Kenntniss von der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers gehabt und eine Benachtheiligung der Masse zum eigenen Vortheil oder zum Vortheile eines dritten beabsichtigt habe), also über die Beweisfrage nach freiem Ermessen entscheide, ohne an formelle Beweisregeln der kantonalen Prozessordnung gebunden zu sein. Nach der Fassung des Gesetzes kann dem Schlusssatze desselben keine andere Bedeutung beigemessen

---

[1]) Siehe das Urtheil des zürcherischen Handelsgerichts in „Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen" Bd. VII. S. 193 ff.

werden, als dem ganz ähnlich lautenden Schlusssatze des Art. 202 Abs. 2 O. R., bei welchem doch wohl unzweifelhaft ist, dass er sich lediglich auf die Beweiswürdigung bezieht. (A. A. anscheinend allerdings Schneider und Fick, Commentar, 2te Aufl. S. 137, Janggen, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. 23 S. 438 u. f.)

Während Art. 136 O. R. die Verrechnung schlechthin als unzulässig erklärt, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners erst nach der Konkurseröffnung eine Forderung an denselben erwirbt, so ist in dem andern Falle, wo der Schuldner des in Konkurs Gerathenen eine Forderung an denselben zwar in Kenntniss der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers, aber vor der Konkurseröffnung erworben hat, die Verrechnung gemäss Art. 137 O. R. bloss anfechtbar und zwar nur dann, wenn der Forderungserwerb erfolgte, „um sich oder einem Andern durch die Verrechnung einen Vortheil zur Beeinträchtigung der Masse zuzuwenden.“ Während nämlich durch die Konkurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners in seinem damaligen Bestande der Gläubigerschaft zur Befriedigung aus demselben zugewiesen wird, so dass spätere Vorgänge, wenn sie auch gegenüber dem Gemeinschuldner die Kompensationseinrede begründen würden, der Masse nicht entgegengehalten werden können, so ist dagegen, wenn der Grund der Einrede der Verrechnung bereits vor der Konkurseröffnung gelegt war, die Verrechnung im Konkurse an sich statthaft und kann nur, gemäss Art. 137 O. R., angefochten werden, wenn der auf Verrechnung sich berufende Schuldner die zur Verrechnung gestellte Forderung in fraudulöser Absicht erworben hat, d. h. in der Absicht, durch die Verrechnung sich selbst oder einem Dritten einen Vortheil zuzuwenden, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten. Das Gesetz will unredlichen, auf Ausplünderung der Masse berechneten Manipulationen einzelner Schuldner und Gläubiger eines Zahlungsunfähigen entgegentreten; es will verhindern, dass z. B. die Schuldner eines solchen sich ihrer Schuldpflicht in wohlfeiler Weise dadurch entledigen, dass sie Forderungen auf denselben zu billigem Preise erwerben und dieselben alsdann zum vollen Betrage auf ihre Schuld verrechnen, oder dass sie, sei es aus Gefälligkeit, sei es gegen Entgelt, Forderungen einzelner Gläubiger zur Verrechnung auf ihre Schuld übernehmen, um letztern Befriedigung ihrer Forderungen zu einem Satze zu verschaffen, auf welchen sie im Konkurse keinen Anspruch hätten u. dgl. Dagegen ist die Verrechnung mit einer, selbst

im Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers erworbenen, Forderung dann nicht anfechtbar, wenn beim Forderungserwerbe eine solche unredliche Absicht nicht obwaltete. Von einer unredlichen, auf Schädigung der Masse gerichteten, Absicht nun kann insbesondere dann nicht gesprochen werden, wenn der Schuldner, indem er die Forderung an seinen zahlungsunfähigen Gläubiger zum Zwecke der Verrechnung erwarb, lediglich eine bereits bestehende und nicht zum Zwecke der Benachtheiligung der Gläubiger eingegangene rechtliche Verpflichtung erfüllen wollte. In diesem Falle will ja der Schuldner nicht, durch missbräuchliche Ausnützung des Instituts der Verrechnung, sich oder einem andern zum Nachtheile der Masse einen ihnen im Konkurse nicht gebührenden Vortheil verschaffen, sondern einfach, in Erfüllung eines Gebots der Rechtsordnung, diejenige Rechtslage herstellen, welche dem objektiven Rechte entspricht und auf welche daher der dadurch Begünstigte einen rechtlichen, auch im Konkurse nicht anfechtbaren Anspruch besitzt. Dies trifft auch dann zu, wenn eine rechtliche Verpflichtung zum Forderungserwerbe für den Schuldner nicht wirklich besteht, sondern von ihm nur irrthümlich, aber in gutem Glauben, als bestehend angenommen wird. Auch in diesem Falle ist die vom Gesetze zur Anfechtbarkeit der Verrechnung geforderte unredliche Absicht ausgeschlossen.

Es ist nun unzweifelhaft, dass der Beklagte die Wechsel zu dem Zwecke erwarb, um den A. von seiner Haftung für diese Wechsel zu befreien, resp. denselben dadurch, dass er die Wechselforderungen erwarb und gegen seine Kaufpreisschuld an S. verrechnete, für den aus den Wechseln eventuell erwachsenden Regressanspruch an S. zu decken. Sofern daher der Beklagte im Augenblicke des Erwerbs der Wechsel von der Zahlungsunfähigkeit des S.'schen Nachlasses Kenntniss hatte, so wäre die Anfechtbarkeit der Verrechnung nach dem oben Bemerkten begründet, wenn nicht angenommen werden müsste, der Beklagte habe die Wechsel in der Absicht erworben, dadurch eine ihm obliegende rechtliche Verpflichtung zu erfüllen. Dies ist aber nach dem von der Vorinstanz festgestellten Thatbestande unzweifelhaft der Fall. Nach der zwischen S., A. und H. zufolge des Thatbestandes der Vorinstanz getroffenen Abrede hatte S. den Beklagten H. beauftragt, seine Kaufpreisschuld bis zum Belaufe der von A. unterzeichneten Wechsel statt an ihn vielmehr an A. zu bezahlen oder diese Schuld direkt durch eigene Einlösung der Wechsel zur Befreiung des A. zu verwenden; er hatte

ferner den A. zu dessen Vortheil, — damit derselbe daraus die von ihm garantirten Wechselschulden tilge, — ermächtigt, die fraglichen Zahlungen in Empfang zu nehmen. A. hatte die ihm gegebene Ermächtigung, H. den ihm gegebenen Auftrag (letzteren sowohl gegenüber A. als gegenüber S.) angenommen. In diesem Sachverhalte darf unbedenklich der Thatbestand einer im Interesse des Anweisungsempfängers ertheilten, von diesem angenommenen und auch vom Angewiesenen sowohl gegenüber dem Anweisenden als gegenüber dem Anweisungsempfänger auftragsgemäss acceptirten, daher unwiderruflichen und durch den Konkurs des Anweisenden nicht dahinfallenden Anweisung gefunden werden (s. Art. 406 u. ff., speziell 412 O. R.). Danach war aber der Beklagte befugt (und verpflichtet), seine Kaufpreisschuld, statt an S. resp. dessen Masse, an A. zu bezahlen und konnte er gegenüber der Konkursmasse S. geltend machen, dass er seine Kaufpreisschuld an S. durch Zahlung an den Anweisungsempfänger A. und nicht an sie zu tilgen habe. Er hat dies nun allerdings nicht gethan, sondern statt dessen die von A. garantirten Wechsel auf Rechnung seiner Kaufpreisschuld und zur Verrechnung gegen dieselbe erworben. Dadurch hat er aber einfach auf anderm Wege die von ihm gültig übernommene Verpflichtung, dem A. vermittelst seiner Kaufpreisschuld Deckung zu verschaffen, erfüllt und erfüllen wollen; die ökonomische Wirkung für alle Betheiligten, insbesondere auch für die Konkursmasse S., ist durchaus die nämliche, als wenn der Beklagte, wie er in erster Linie versprochen hatte, an A. bezahlt und dann diese Zahlung gegenüber der Konkursmasse geltend gemacht hätte. Es kann also hier von einer auf Schädigung der Masse zu eigenem oder fremdem Vortheil gerichteten Absicht so wenig wie überhaupt von einer effektiven Schädigung der Masse die Rede sein. (Entsch. v. 3. Novbr. 1888 i. S. Konkursmasse Schildknecht c. Huber.)

---

5. *Art. 267 O. R. Kauf nach Muster. Bedeutung des vom Verkäufer einseitig zurückbehaltenen sog. Contremusters.*

A. hatte von Gebr. W. ein gewisses Quantum Weizen nach einem ihm übergebenen Muster gekauft. Er verweigerte sodann die Abnahme der Waare, weil dieselbe nicht musterconform sei, was Gebr. W. unter Berufung auf ein von ihnen zurückbehaltenes „Contremuster" bestritten. Das Bundesgericht erkannte, dass dieses Contremuster nicht zu berücksichtigen sei. Gründe: „Das einzige Muster, von

welchem beim Kaufsabschlusse die Rede war und durch Hinweis auf welches die zugesagte Beschaffenheit der Waare bestimmt wurde, ist das dem Käufer übergebene. Wenn dagegen der Verkäufer noch ein sog. Contremuster zurückbehielt, so konnte dies nur zu dem Zwecke geschehen, um ihm die Prüfung der Identität einer später vom Käufer vorgelegten Probe mit dem übergebenen Muster zu ermöglichen oder zu erleichtern. Dagegen kann keine Rede davon sein, dass das vom Verkäufer einseitig gezogene, beim Vertragsabschluss gar nicht erwähnte sog. Contremuster für die vertragliche Zusage des Verkäufers über die Beschaffenheit der Waare massgebend sei. (Entsch. v. 13. Septbr. 1888 i. S. Gebr. Waller c. Abt.)

---

6. *Art. 250 ff. O. R. Kann der Richter auch beim Gattungskauf, wenn die Wandlungsklage angestellt ist, bloss Ersatz des Minderwerthes aussprechen und unter welchen Umständen?*

In dem oben unter Nr. 5 angeführten Falle erklärten die Experten, die Waare entspreche in Bezug auf Farbe vollständig dem Verkaufsmuster und habe sogar weniger kleinen Beisatz von Raddeln, Unkrautsamen u. drgl., dagegen führe die Waare erheblich mehr Gerstenbeisatz, und es bestehe daher zwischen der Waare und dem Muster eine Qualitätsdifferenz von 37½ Rappen per 100 Kilo.[1]) Der Käufer begehrte Aufhebung des Kaufes, wogegen Verkäufer das Begehren stellte, dass der Richter nur auf Preisminderung erkenne. Diesem letztern Begehren gab das Bundesgericht statt. Gründe: Die Frage, ob der Richter gemäss dem Gesetz, trotzdem die Wandelung begehrt ist, doch nur auf Preisminderung erkennen könne und solle, ist zu bejahen. Der Wortlaut des Art. 250 O. R. lässt nicht erkennen, dass eine Beschränkung des dort aufgestellten Rechtssatzes auf den Kauf bestimmter Sachen gewollt sei; vielmehr bezieht sich Art. 250 seinem Wortlaute nach allgemein auf alle (durch das eidg. O. R. normirten) Käufe, mögen dieselben nun individuell bestimmte Sachen oder Quantitäten vertretbarer Sachen betreffen. Auch die ratio legis giebt nur eine einschränkende Auslegung, keinen Anhalt. Art. 250 will offenbar dem Richter ermöglichen, Billigkeit zu üben, und es hiesse geradezu diesen Grundsatz in einer gegen die Absicht des Gesetzgebers verstossenden Weise beschränken,

---

[1]) Der vereinbarte Kaufpreis per 100 Ko. betrug 21 Fr. 50 Cts.

wenn man demselben die Anwendung auf den Gattungskauf (welcher im Handelsverkehr wohl die Regel bildet und bei welchem gerade die in Rede stehende Maxime von erheblicher practischer Bedeutung ist) versagen wollte. Die Argumente aus der systematischen Anordnung des Gesetzes treffen nicht zu; es ist eine unbegründete Unterstellung, wenn behauptet worden ist, die Art. 249 bis 251 normiren ausschliesslich die Rechtsmittel des Käufers beim Kaufe einer bestimmten Sache, für den Gattungskauf dagegen gelte bloss Art. 252. Richtig ist vielmehr, dass allerdings Art. 252 eine Specialbestimmung für den Gattungskauf enthält, dass dagegen die vorhergehenden Artikel, sofern sie nicht durch Art. 252 für den Gattungskauf modifizirt werden, allgemeine Geltung beanspruchen; es ist auch z. B. ein Grund gar nicht einzusehen, warum Art. 251 für den Gattungskauf nicht gelten sollte. Die Entscheidung darüber, ob solche Umstände vorliegen, welche, trotz des Vorhandenseins eines Gewährsmangels und der Anstellung der Wandlungsklage durch den Käufer, die Rückgängigmachung des Kaufes als ungerechtfertigt erscheinen lassen, ist nicht rein thatsächlicher Natur und entzieht sich daher der Cognition des Bundesgerichtes nicht; sie ist insoweit rechtlicher Natur, als zu untersuchen ist, ob nach Sinn und Geist des Gesetzes die festgestellten Umstände des Falles derart seien, um die Versagung der Wandelung zu rechtfertigen. Dies ist im vorliegenden Falle zu bejahen. Der Sachmangel ist kein wesentlicher, sondern ein solcher, dass deshalb nach der in den Börsenusancen der Plätze Basel und Zürich documentirten Verkehrsanschauung die Wandelung nicht verlangt zu werden pflegt. Dass er die Waare speciell für den Beklagten unbrauchbar mache, ist vom Beklagten zwar wohl behauptet worden; allein es ist dies nicht nur nicht bewiesen, sondern es ist nach dem Inhalte der Acten offenbar das Gegentheil anzunehmen. Bei dieser Sachlage ist den Interessen des Käufers durch Preiskürzung hinlänglich Rechnung getragen und hiesse es den Verkäufer in unbilliger, nach Sinn und Geist des Art. 250 O. R. zu vermeidender Weise beschweren, wenn man ihn wegen der Qualitätsdifferenz zwischen Waare und Probe zur Rücknahme der Waare verhalten wollte. (Entsch. vom 13. Septbr. 1888 i. S. Abt c. Waller.)

---

7. Art. 613, 674, 675 u. 899 O. R. Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung der Actiengesellschaft betrauten Personen gegenüber

der Actiengesellschaft und den Actionären. Gehört zu den nach Massgabe dieser Gesetzesbestimmungen verantwortlichen Personen auch der Director, welcher mit der Geschäftsführung oder Vertretung der Gesellschaft nach Aussen betraut (Art. 650 O. R.), aber nicht Mitglied der Verwaltung ist? Natur und Voraussetzungen der Haftpflicht; Beweislast; Verjährung der Schadensersatzklage. Entlastung der schadensersatzpflichtigen Personen durch vorbehaltlose Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung durch die Generalversammlung. Recht des Universalsuccessors einer Actiengesellschaft zur Geltendmachung der unerledigten Schadensersatzansprüche derselben gegen ihre Organe.

Die solothurnische Bank war eine Actiengesellschaft, deren Grundkapital zur Hälfte vom Staate Solothurn und zur Hälfte von Privaten aufgebracht worden war. Durch ein Anfangs des Jahres 1885 erlassenes Gesetz war die Bank aufgehoben worden und es gingen sowohl nach diesem Gesetze als einem zwischen dem Staat Solothurn und der Actiengesellschaft geschlossenen Vertrage Activen und Passiven der solothurnischen Bank auf den Staat resp. die solothurnische Cantonalbank über. In seiner Stellung als Actionär der aufgehobenen solothurnischen Bank einerseits und als Rechtsnachfolger der letztern anderseits belangte nun der Staat Solothurn den frühern Director der solothurnischen Bank auf Ersatz des ihm durch die Geschäftsführung derselben entstandenen Schadens vor Bundesgericht. Dem betreffenden Urtheil entnehmen wir über die in der Ueberschrift bezeichneten Fragen Folgendes:

I. Die solothurnische Bank war eine Anstalt, welche durch cantonales Gesetz vor dem 1. Januar 1883 gegründet und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet wurde; es hatte zudem der Staat die subsidiäre Haftung für deren Schulden übernommen. Nach Art. 613 und 899 O. R. finden daher auf dieselbe die Bestimmungen des eidgenössischen O. R. über Actiengesellschaften als Rechtssätze des eidgenössischen Rechts keine Anwendung. Allein durch Art. 6 Abs. 2 des solothurnischen Einführungsgesetzes zum O. R. ist das O. R. als ergänzendes Gesetz für die Rechtsverhältnisse cantonalen Rechtes erklärt worden. Danach kommen die Bestimmungen des O. R. über Actiengesellschaften auch für die Solothurner Bank (die Verantwortlichkeit ihrer Organe u. s. w.) insoweit zur Anwendung, als das Bankgesetz keine Vorschriften enthält; sie gelten insoweit nicht kraft Anordnung des eidgenössischen, sondern des cantonalen Gesetzgebers, nicht als Bundes-, sondern als cantonales Recht.

II. Rücksichtlich der vom Kläger als einzelnem Actionär wegen seines eigenen früheren Actienbesitzes erhobenen Anspruches ist zu bemerken: Auch die vom Staate in dieser Stellung erhobene Klage erscheint als eine solche aus contractlichem Verschulden und nicht als Delictsklage. Art. 674 O. R., auf welchen dieselbe begründet wird, statuirt nicht einen Delictsanspruch bezw. einen speciellen Anwendungsfall der bereits in Art. 50 u. ff. normirten actio doli; er gewährt vielmehr den einzelnen Actionären und Gesellschaftsgläubigern ein (allerdings auf den Fall absichtlicher Pflichtverletzung beschränktes) Klagerecht gegen das Verwaltungspersonal einer Actiengesellschaft wegen Verletzung der gegenüber der Actiengesellschaft übernommenen Vertragspflichten. Er durchbricht also die Regel, dass Verträge Rechte und Pflichten nur zwischen den vertragschliessenden Parteien begründen, indem er ein Klagerecht wegen Verletzung vertraglicher Pflichten nicht nur der Vertragspartei, der Actiengesellschaft, sondern auch dritten Personen, den einzelnen Actionären und Gesellschaftsgläubigern, zutheilt.[1]) Fraglich kann dabei sein, ob, sofern es sich um einen den Actionären oder Gesellschaftsgläubigern bloss mittelbar, vermittelst Schädigung des Gesellschaftsvermögens, zugefügten Schaden handelt, der Anspruch der einzelnen Actionäre oder Gläubiger nicht erst dann geltend gemacht werden könne, wenn der concurrirende Anspruch der Gesellschaft untergegangen ist (weil ja sonst die Möglichkeit gegeben wäre, dass der gleiche Schaden doppelt — einmal der Gesellschaft und sodann den einzelnen Actionären oder Gläubigern — ersetzt werden müsste). Diese Frage kann indess hier auf sich beruhen bleiben. Denn in concreto sind die Ansprüche der Gesellschaft und des einzelnen Actionärs gleichzeitig und von derselben Person und natürlich in dem Sinne erhoben, dass Schadenersatz mit der einen Klage nur insoweit verlangt wird, als er mit der andern nicht zu erlangen wäre.

Aus dem über die Natur der erhobenen Klage Bemerkten folgt, dass die vom Beklagten aufgeworfene Einrede der Verjährung unbegründet ist; denn handelt es sich überhaupt nicht um Delictsklagen, so ist die einjährige Verjährung des Art. 69 O. R. nicht anwendbar, sondern greift vielmehr die zehnjährige Verjährungsfrist des Art. 146 Platz, so dass denn von einer Verjährung nicht die Rede sein kann.

---

[1]) Siehe H. Wächter in Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. VII. S. 381 ff.

Der Ersatzanspruch aus Art. 674 cit. geht „gegen die mit der Verwaltung und Controle betrauten Personen“ auf allen Schaden, welchen dieselben dem einzelnen Actionär und den Gesellschaftsgläubigern durch absichtliche Verletzung der ihnen obliegenden Verwaltungs- und Aufsichtspflichten verursacht haben. Es haften somit den einzelnen Actionären und den Gesellschaftsgläubigern nicht die Behörden und Angestellten der Actiengesellschaft schlechthin, sondern nur die mit der „Verwaltung oder Controle betrauten Personen“. Zu den „mit der Verwaltung betrauten Personen“ aber gehören in erster Linie die Mitglieder der „Verwaltung“ im Sinne der Art. 649 u. ff. O. R. (d. h. die Mitglieder des verwaltenden Organs der Gesellschaft); allein nicht nur diese, sondern gewiss auch diejenigen Personen, welchen, ohne dass sie Mitglieder der „Verwaltung“ (des Vereinsvorstandes) wären, nach Art. 650 O. R. zufolge der Statuten von der „Verwaltung“ die „Geschäftsführung oder einzelne Zweige derselben übertragen worden sind“. Diese Personen sind, wenn auch nicht Mitglieder der „Verwaltung“ (des Vereinsvorstandes), so doch statutenmässig mit der Verwaltung betraut; Art. 674 aber spricht nicht nur von Mitgliedern der „Verwaltung“, sondern überhaupt von den mit der Verwaltung betrauten Personen. Der Director der solothurnischen Bank aber gehört gemäss den Bestimmungen des Bankgesetzes zu den „mit der Verwaltung betrauten“ Personen. Derselbe ist freilich nicht ordentliches Mitglied der „Verwaltung“ (des Verwaltungsrathes oder der Bankdirection), sondern hat nur ausserordentlicherweise, in Verhinderungsfällen, nach § 83 des Bankgesetzes, in der Bankdirection beschliessende Stimme; es ist ihm aber, zufolge des Bankgesetzes, welches hier die Statuten vertritt, von der Verwaltung die Geschäftsführung übertragen. Denn gemäss den Bestimmungen des Bankgesetzes ist er der eigentliche verantwortliche Geschäftsführer der Bank und führt für dieselbe in der Regel die verbindliche Unterschrift; er vertritt also regelmässig die Bank gegen aussen. Derselbe haftet somit den einzelnen Actionären und den Gesellschaftsgläubigern nach Massgabe des Art. 674 O. R., sofern denselben durch seine absichtliche Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Den klagenden Actionären liegt dabei unzweifelhaft der Nachweis ob, dass ihnen ein Schaden erwachsen sei und dieser mit Pflichten des Directors, d. h. mit der diesem obliegenden Geschäftsführung in causalem Zusammenhange stehe. Dieser Nachweis ist in casu erbracht. Denn es ist unzweifelhaft, dass das Vermögen der Actien-

gesellschaft (und damit mittelbar dasjenige der einzelnen Actionäre) um die eingeklagten Beträge infolge von Verlusten, welche sich in der Geschäftsführung des Directors ergeben haben, geschädigt worden ist. Die Meinung, dass von einem Schaden nur dann gesprochen werden könnte, wenn die Geschäftsführung des Directors in ihrer Gesammtheit eine die Bank benachtheiligende wäre, ist unbegründet. Der Beklagte wird nach anerkanntem Rechtsgrundsatze von seiner Verantwortlichkeit für von ihm herbeigeführte Verluste auf einzelnen Geschäften nicht dadurch entlastet, dass er in andern Fällen durch pflichtgemässe Geschäftsführung einen Gewinn für das von ihm verwaltete Institut erzielt hat. Er kann einen solchen Gewinn nicht gegen von ihm zu vertretende Verluste aufrechnen; der Umstand, dass im allgemeinen seine Geschäftsführung eine pflichtgemässe war, enthebt ihn nicht der Haftung für pflichtwidriges Gebahren in einzelnen Fällen; er war ja verpflichtet, nicht nur in der Regel, sondern stets pflichtgemäss zu verwalten. Zur Begründung einer Klage aus Art. 674 O. R. gehört aber des weitern, dass der Schaden verursacht sei durch eine „absichtliche“ Pflichtverletzung des Beklagten. In dieser Richtung kann zweifelhaft sein, ob die Beweislast den Kläger oder den Beklagten treffe, ob also der Kläger nachzuweisen habe, dass der Beklagte absichtlich pflichtwidrig gehandelt habe, oder ob vielmehr der Beklagte darthun müsse, dass ihm ein Verschulden, wie es im concreten Verhältnisse von ihm zu vertreten ist, nämlich ein absichtlich pflichtverletzendes Handeln nicht zur Last falle.[1]) Es kann dies indess im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, denn es steht jedenfalls fest, dass hier eine absichtliche Pflichtverletzung im Sinne des Gesetzes nicht vorliegt. „Absichtliche“ Verletzung der Verwaltungs- oder Aufsichtspflicht im Sinne des Art. 674 O. R. nämlich ist nicht schon jeder wissentliche Verstoss gegen gesetzliche oder reglementarische Pflichten, jede wissentliche Ueberschreitung der gesetzlichen oder statutarischen Machtbefugnisse u. drgl.; vielmehr ist zur „absichtlichen“ Pflichtverletzung nach Art. 674 O. R. das Bewusstsein der schadenwirkenden Causalität der Handlung erforderlich. Der Handelnde muss den Eintritt eines Schadens als Folge seiner Handlung vorhergesehen und daher den Schaden (wenn auch vielleicht bloss eventuell) gewollt, beabsichtigt haben. Es ist nicht erforderlich, dass der Schaden

[1]) Siehe Dernburg, Lehrb. des preuss. Privatrechts, Bd. 2 (4 Aufl.) S. 169 f. Anm. 4.

der Zweck seines Handelns war, wohl aber dass er denselben vorhersah und ihn daher, indem er trotz des Bewusstseins von dem schädigenden Erfolge seines Thuns danach handelte, in sein Wollen aufnahm, beabsichtigte, mag auch immerhin der Eintritt des Schadens nicht sein Zweck, sondern nur das Mittel zu anderweitigen Zwecken gewesen sein. Diese Auslegung ergiebt sich aus dem Wortlaute in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und der Vergleichung der Fassung des Art. 674 mit derjenigen der Art. 671 und 672 O. R. Art. 674 ib. fordert „absichtliche“ Pflichtverletzung, die Art. 671 und 672 dagegen sprechen durchgängig nur von „wissentlichem“ Handeln. Im Gegensatz zu letzterm Ausdruck deutet der Ausdruck „absichtlich“ auf das Wollen eines bestimmten, ausserhalb der Handlung liegenden Erfolges hin, als welcher natürlich die blosse Pflichtverletzung, Gesetzes- oder Reglementsübertretung, nicht betrachtet werden kann. Dieser Unterschied in der Fassung ist denn auch kein zufälliger, vielmehr wurde in Art. 674 das, gemäss Beschluss der nationalräthlichen Commission auch dort gebrauchte Wort „wissentlich“ vom Nationalrathe durch „absichtlich“ ersetzt, weil die Haftung für zwar wissentliche aber nicht absichtliche Pflichtverletzung zu strenge sei (s. Schneider und Fick, Commentar, S. 490 der 2. Aufl.). Ist somit „absichtliche“ Pflichtverletzung im Sinne des Gesetzes nicht gleichbedeutend mit wissentlichem Verstossen gegen gesetzliche oder reglementarische Pflichten, so kann unter derselben vernünftigerweise gewiss nur Pflichtverletzung in schädigender Absicht, d. h. mit dem Bewusstsein schädigender Wirkung verstanden werden.

III. Was die vom Staate als Rechtsnachfolger der solothurnischen Bank erhobene Klage angeht, so ist im Gesetze vom 5. Januar 1885 und dem Uebereinkommen vom 22./31. December gl. J. bestimmt, es gehen die sämmtlichen Activen und Passiven der solothurnischen Bank auf die Solothurner Cantonalbank über; es liegt also eine auf ein Specialgesetz gegründete und daher unzweifelhaft gültige Universalsuccession kraft Gesetzes und Vertrages vor.[1] Zu den Activen der solothurnischen Bank aber gehören auch allfällige Schadenersatzansprüche derselben gegenüber ihren Organen und Angestellten. Ein Grund, warum diese Ansprüche nicht als zu den Activen gehörig zu betrachten wären, ist nicht ersicht-

[1]) Vgl. A. Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. II., S. 533, Note 2.

lich. Es können also diese Ansprüche vom Staate eingeklagt werden.

Die Klage ist eine Contractsklage. Aus seinem Anstellungsverhältnisse zur solothurnischen Bank haftet der Beklagte gegenüber dieser und ihrem Rechtsnachfolger (sowohl nach Art. 673 O. R., als nach § 87 des Bankgesetzes und den Bestimmungen des solothurnischen privatrechtlichen Gesetzbuches) nicht nur, wie gegenüber den einzelnen Actionären, für absichtliche Pflichtverletzung, sondern für jedes Verschulden. Da er der Actiengesellschaft über seine Geschäftsführung vertraglich Rechenschaft schuldig ist, so trifft ihn auch die Beweislast, d. h. er hat nachzuweisen, dass seine Geschäftsführung in den beanstandeten Punkten eine pflichtgemässe war; nicht hat umgekehrt der Kläger darzuthun, dass der beklagte Director pflichtwidrig gehandelt habe. Die Verantwortlichkeit des Beklagten ist also hier eine weit ausgedehntere, als im Verhältnisse zum einzelnen Actionär. Dagegen ist denn aber auch klar, dass, sofern die Actiengesellschaft die Geschäftsführung des Beklagten in den streitigen Punkten gutgeheissen haben sollte, auch der Staat als Vertreter ihres Rechtsnachfolgers einen Ersatzanspruch nicht mehr erheben kann. Dem von der Actiengesellschaft abgeleiteten Anspruche steht natürlich eine von ersterer allfällig ertheilte Décharge entgegen, während dieselbe der Klage des einzelnen Actionärs aus Art. 674 O. R. nicht entgegengehalten werden könnte.

In der vorbehaltlosen Genehmigung von Geschäftsbericht und Rechnung durch die Generalversammlung liegt nun gewiss in der Regel die Genehmigung der Geschäftsführung der Verwaltungsorgane, insoweit, als dieselbe aus den der Generalversammlung gemachten Vorlagen ersichtlich ist. Es ginge zwar zu weit, aus der Genehmigung von Bericht und Rechnung durch die Generalversammlung auf eine Entlastung des Verwaltungspersonals für dessen gesammte Geschäftsführung während des betreffenden Zeitraums, auch insoweit dieselbe aus den Vorlagen an die Generalversammlung gar nicht ersichtlich ist, zu schliessen. Denn die Generalversammlung kann die Geschäftsführung nur auf Grund und innerhalb des Rahmens der ihr gemachten Vorlagen prüfen und beurtheilen. Auf Dinge, welche aus diesen Vorlagen nicht erkennbar und daher gar nicht zur Kenntniss der Generalversammlung gebracht sind, kann der Genehmigungswille derselben ohne unstatthafte Unterstellung nicht ausgedehnt werden. Dagegen enthält die vorbehaltlose Abnahme

von Bericht und Rechnung durch die Generalversammlung unverkennbar die, für die Actiengesellschaft verbindliche, Willenserklärung des obersten Gesellschaftsorgans, dass Aussetzungen in Betreff der Geschäftsführung, soweit dieselbe aus den der Generalversammlung gemachten Vorlagen ersichtlich ist, nicht gemacht, dieselbe vielmehr genehmigt werde. (Entsch. vom 13. Octbr. 1888 i. S. Staat Solothurn c. Kaiser.)

---

8. *Art. 61 B. V. Gehören Kosten- und Entschädigungsbestimmungen in Strafsachen zu den Civilurtheilen im Sinne dieser Verfassungsbestimmung?*

Kosten- und Entschädigungsbestimmungen von Erkenntnissen in Strafsachen (Urtheilen, Abschreibungsbeschlüssen in Folge Abstands des Klägers u. s. w.) gehören nicht zu den Civilurtheilen im Sinne des Art. 61 B. V. und es besteht daher für die andern Kantone kein verfassungsmässiger Zwang zu deren Vollziehung. (Entsch. vom 14. Septbr. 1888 i. S. Girod c. Salquin.)

---

9. *Art. 6 des B. G. vom 26. April 1887 betr. die Ausdehnung der Haftpflicht und die Ergänzung des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881. Armenrecht in Fabrikhaftpflichtfällen u. s. w.*

Die Vortheile, welche nach der genannten Gesetzesstelle die Cantone mit der Bewilligung des Armenrechtes verbinden sollen, treten als gesetzliche Folgen mit dessen Bewilligung kraft Gesetzes von selbst ein. Es ist daher in den Haftpflichtstreitigkeiten, welche der cit. Art. 6 im Auge hat, unzulässig, die arme Partei nur auf einen Theil jener ihr gesetzlich zustehenden Rechte zu beschränken. (Entsch. vom 24. Novbr. 1888 i. S. König.)

---

10. *Art. 1, 3 u. 15 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Gerichtsstand der Vereinbarung. Kann der Prorogationsvertrag nur in der Form der Domicilerwählung geschlossen werden?*

Der Verzicht auf den in Art. 1 des Staatsvertrages garantirten Gerichtsstand des Wohnsitzes und die Begründung der Zuständigkeit eines bestimmten andern Gerichtes kann nicht bloss in der in Art. 3 ib. erwähnten französisch-recht-

lichen[1]) Form der Domicilerwählung, sondern durch jede andere auf die Begründung der Zuständigkeit eines bestimmten andern Gerichtes gerichtete Willenserklärung erfolgen und es müssen die von einem in solcher Weise zuständig gewordenen Gerichte des einen Vertragsstaates erlassenen Urtheile im andern nach Massgabe des Art. 15 ff. ib. vollzogen werden.[2]) (Entsch. vom 6. Octbr. 1888 i. S. Faucillon-Pagès c. Légeret.)

---

11. *Art. 5 des Staatsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Voraussetzung des vereinbarten Erbschaftsforums bezüglich des Wohnsitzes des Erblassers.*

Das in der genannten Vertragsbestimmung für Erbstreitigkeiten festgesetzte Forum des letzten Wohnsitzes eines Franzosen in Frankreich beziehungsweise des Heimathortes eines Schweizers in der Schweiz bezieht sich nur auf die Fälle, wo der in der Schweiz verstorbene Franzose zur Zeit seines Todes in der Schweiz, resp. der in Frankreich verstorbene Schweizer in Frankreich domicilirt gewesen ist. Dieses Erbschaftsforum findet somit keine Anwendung, wenn ein (nur) in Frankreich (resp. nicht in der Schweiz) domicilirter Franzose während eines vorübergehenden Aufenthaltes in der Schweiz oder ein (nur) in der Schweiz (resp. nicht in Frankreich) domicilirter Schweizer während eines vorübergehenden Aufenthaltes in Frankreich verstorben ist. Vielmehr gelten in solchen Fällen für alle Klagen, welche die universale und singulare Succession in den Nachlass zum Gegenstand haben, die Gerichtsstandsvorschriften desjenigen Staates resp. Kantons, in welchem die Klage anhängig gemacht worden ist. (Entsch. vom 27. Octbr. 1888 i. S. Rave c. Meunier.)

---

[1]) S. Art. 111 Code civ. franç. und Art. 595 Ziff. 9 der franz. Civ. P. O.; ferner Zachariae, Handbuch des franz. Civilrechts Bd. I. § 146 und Berriat-Saint-Prix, cours de proc. civ. S. 232 ff.

[2]) Vgl. Dr. Eug. Curti, der Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich S. 62 f.

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

12. *Vertragsform. Schriftlichkeit. Art. 11 O. R. in Beziehung auf den Bürgschaftsvertrag.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 10. November 1888 in Sachen Vogel c. Schrag.

Alfred Sch. Sohn in Langwiesen schuldete dem V. in Schaffhausen an Capital und Zinsen Fr. 4950. Am 9. November 1887 wurde über ihn der Concurs eröffnet, und V. meldete seine Forderung an. Am 1. December liess sich der Vater Sch. herbei, für seinen Sohn eine von V. schriftlich aufgesetzte Bürgschaftsverpflichtung zu unterzeichnen, des Inhalts, dass er sich als unbedingten Bürgen und Selbstzahler für Fr. 4500 Capital und ausstehende Zinse verpflichte, welche sein Sohn dem V. schulde, und zur weiteren Deckung der Forderung eine (näher beschriebene) Liegenschaft gebe.

Hierauf gab V., welcher der Hauptgläubiger des Sohnes Sch. war, mit einigen andern Gläubigern die Zustimmung zur Aufhebung des Concurses. Da aber die weiteren Gläubiger ihre Zustimmung verweigerten, wurde der Concurs durchgeführt. V. kam mit Fr. 447. 50 zu Verlust und forderte daher diesen Betrag vom Vater Sch. als Bürgen. Dieser verweigerte jedoch die Zahlung. Das Bezirksgericht Andelfingen wies die Klage ab, die Appellationskammer hiess dieselbe dagegen gut.

M o t i v e: Vom Beklagten wird der Standpunct eingènommen, die Bürgschaftsverpflichtung sei von der mündlich vereinbarten Bedingung abhängig gemacht worden, dass der Concurs des Schuldners A. Sch. aufgehoben werde.

Die erste Instanz hat diesen Standpunct nach eingeleitetem Beweisverfahren gutgeheissen, allein mit Unrecht. Die Bürgschaftsverpflichtung ist nach ihrem Wortlaute bedingungslos eingegangen worden. Ist aber für einen Vertrag die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben, und sie ist es für den Bürgschaftsvertrag, so gilt diese Vorschrift nach Art. 11 O. R. auch für jede Abänderung desselben, mit Ausnahme von ergänzenden Nebenbestimmungen, welche mit der Urkunde nicht im Widerspruche stehen. Eine Bedingung, von deren Eintritt die Rechtswirksamkeit des Vertrages abhängt, ist nun gewiss eine Bestimmung, welche mit der bedingungslos ausgestellten schriftlichen Bürgschaftsverpflichtung im

Widerspruche steht (vergl. Commentar von Schneider & Fick zu Art. 11 O. R.). Folglich ist die mündliche Vereinbarung, dass die Bürgschaft nur insofern rechtswirksam sein solle, als der Concurs aufgehoben werde, gesetzt, sie sei in der That zu Stande gekommen, rechtlich einfach ungültig. Aus den Acten geht übrigens nicht hervor, dass auch nur mündlich eine solche Vereinbarung zwischen den Parteien zu Stande gekommen sei. Erwiesen ist weiter nichts, als dass der Kläger versprochen hat, gegen die Bürgschaft seine Zustimmung zur Aufhebung des Concurses zu geben, was auch geschehen ist.

Die Aufhebung des Concurses kann auch nicht etwa als selbstverständliche Voraussetzung des Bürgschaftsvertrages angesehen werden, deren Wegfall die Erfüllung des Vertrages zwecklos oder unmöglich machen würde. Es bedarf in dieser Beziehung wohl keiner weitern Begründung. Allerdings hatte es für den Bürgen nur einen Sinn, die Bürgschaft einzugehen unter der Voraussetzung, dass der bereits über den Schuldner eröffnete Concurs rückgängig gemacht werde. Glaubte er aber die Aufhebung des Concurses lediglich durch die Eingehung der Bürgschaft veranlassen zu können, so war dies ein Irrthum im Beweggrunde, auf den nichts ankommen kann.

---

13. *Schadenersatz für angeblich ungerechtfertigte Strafanzeige. Art. 55 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 6. October 1887.

Frau St. hatte 1876 als vermögenslose Tochter den W. H. geheiratet, welcher 1884 mit Hinterlassung mehrerer Kinder aus früherer Ehe starb. Bei der Erbtheilung ergab sich ein Vermögen von Fr. 46,000 und Nutzniessungscapital von Fr. 17,000 zu Gunsten der Witwe. Diese heiratete 1885 wieder und bald darauf erhoben die Erben ihres ersten Mannes Strafklage gegen sie, weil sie nachweisbar an Werthtiteln Fr. 26,000 besitze, die sie nur dem Nachlass ihres ersten Mannes habe entfremden können. Daraufhin wurde die Frau und ihr Ehemann in Untersuchungshaft gezogen, aber die Untersuchung ergab kein Resultat und musste fallen gelassen werden. Die Eheleute klagten nun gegen die Erben des W. H. auf 3500 Fr. Entschädigung gemäss Art. 55 O. R. wegen der erlittenen körperlichen und geistigen Leiden und Erschütterung ihres Credits. Die Beklagten erachteten die Stellung der Strafklage als durch die Umstände, insbesondere durch die fortgesetzte Verheimlichung ihres Vermögensbesitzes

durch Frau St., gerechtfertigt. Das Obergericht wies die Klage ab.

Motive: Mag auch die Anwendbarkeit des Art. 55 O. R. für Fälle von der Art des vorliegenden im Prinzip zugestanden werden, wo wegen angeblich ungerechtfertigter Verfolgung im Wege des Strafprocesses auf Entschädigung geklagt werden will, so treffen doch im vorliegenden Falle die Voraussetzungen des Art. nicht zu. Vorab kann von einer „unerlaubten Handlung“ auch im allgemeinsten Sinne des Wortes rücksichtlich der Klageerhebung gegen die Eheleute St. nicht gesprochen werden. Die Erben H. hatten der Frau gegenüber offenbar berechtigten Anlass zu Misstrauen ..... Die Erben hatten um so mehr Grund, an dem rechtmässigen Erwerb dieser Titel (durch Schenkung seitens des frühern Mannes) zu zweifeln und an die Möglichkeit eines unrechtmässigen Erwerbs zu denken, als Frau St. auch anderweitig die Thatsache ihres Vermögensbesitzes verheimlicht oder geradezu geläugnet hatte, wo sie unzweifelhaft die Verpflichtung hatte, die Wahrheit oder doch wenigstens nicht die Unwahrheit zu sagen. Das war der Fall bei den Steuerreclamationen, von welchen die Erben H. Kenntniss erhalten zu haben scheinen. Die Frau St. hatte ihr Vermögen der Steuerbehörde zu niedrig beziffert. — Daher kann auch von einer ernstlichen Verletzung der persönlichen Verhältnisse nicht wohl die Rede sein. Die nicht grundlos angehobene Strafuntersuchung nahm einen regelmässigen und für die Eheleute schonenden Verlauf ... Auch eine irgendwie nachhaltige Schädigung der klägerischen Geschäftsinteressen kann nach Allem kaum vorliegen.

---

14. *Compensation. Unstatthaftigkeit bei Entschädigungsforderungen aus Injurien. Art. 131 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 16. Juli 1887.

T. klagte wegen Beschimpfung gegen X. eine Schadenersatzsumme von Fr. 1000 ein. X. beantragte zunächst Abweisung und machte eventuell widerklagsweise eine Forderung von Fr. 1000 wegen einer seinerseits vom Kläger bei andrer Gelegenheit erlittenen Ehrbeleidigung geltend. Das Obergericht erkannte dem klägerischen Antrage gemäss, die Widerklage sei in diesem Processe nicht zuzulassen. Die Motive erörtern zunächst, dass nach der Luz. C. P. O. Widerklagen in Injuriensachen nur bei Connexität beider statthaft seien, was hier nicht zutreffe; dann heisst es weiter:

Dagegen ist noch zu untersuchen, ob wirklich, wie das Untergericht angenommen hat, die Frage der Connexität vorliegend gar nicht mehr in Betracht fallen könne, weil Art. 131 O. R. diesfalls den § 288 des luz. C. R. V. wenigstens zum Theil aufgehoben habe. Nun bezeichnet aber der genannte Art. 131 als Objekt der Compensation „Geldsummen oder andere vertretbare Sachen derselben Art", was bei Injurienklagen insofern nicht zutrifft, als diese in erster Linie Strafe und Genugthuung und nur in zweiter Linie eine Entschädigung, resp. Zusprechung einer Geldsumme bezwecken, somit letztere bloss ein Accessorium der Injurienklage bildet. Daher kann, da nach der allgemeinen Rechtsregel das Accessorium der Hauptsache folgt, der Art. 131 O. R. auf Injurienklagen keine Anwendung finden.

---

15. *Constitutum possessorium. Ungültigkeit Mangels Bestimmung eines Kaufpreises. Art. 202 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 17. November 1888 i. S. Petermann c. Weber.

J. Petermann hatte seiner Ehefrau durch schriftlichen Act „zur Sicherstellung baar empfangenen Frauenguts im Betrag von Fr. 3600" eine Anzahl Küferwerkzeuge und „sämmtliche Lager- und Transportfässer sammt Inhalt" und eine Reihe anderer Gegenstände „abgetreten". Als diese im Besitz des Ehemanns gebliebenen Sachen von einem Gläubiger gepfändet wurden, vindicirte sie die Ehefrau. Ihre Klage wurde in erster Instanz gutgeheissen, zweitinstanzlich abgewiesen.

Motive: Mit der sog. Sicherstellung war von den Parteien ein sei es nun simulirtes oder wirkliches Kaufgeschäft beabsichtigt. Es ist dasselbe aber nicht perfect geworden, mithin ohne Weiteres ungültig, weil die Bestimmung eines Kaufpreises gänzlich fehlt. Die Gegenstände, welche an die Frau P. zu Eigenthum abgetreten werden sollten, sind nicht nach ihrem Werthe taxirt, ja sind zum grossen Theile so unbestimmt bezeichnet, dass weder eine Taxation durch einen Drittmann noch eine ungefähre Abschätzung nach richterlichem Ermessen möglich ist.

Gerade auch in dem vom Anwalte der Frau Petermann zu deren Gunsten angerufenen bundesgerichtlichen Entscheid (B. E. XIII. 220) war thatsächlich festgestellt, dass die von einem Vater an seine Kinder abgetretenen, aber kraft „constitutum possessorium" in seinem Besitz verbliebenen Sachen

gehörig geschätzt worden waren, wozu noch die Verpflichtung des Vaters kam, den Erlös für den Verkauf einzelner Gegenstände in eine amtliche Depositenkasse einzulegen.

Dass das Rechtsgeschäft der Eheleute P. auch keine gültige Pfandbestellung ist, bedarf keiner nähern Erörterung; das „constitutum possessorium" ist unzulässig zu wirksamer Bestellung eines Faustpfandrechtes (vgl. Commentar von Schneider und Fick zu Art. 210 O. R. Ziff. 5).

Hiernach ist das Eintreten auf die weitere Einrede überflüssig geworden: die angefochtene Eigenthumsübertragung sei nach Art. 202 Abs. 2 O. R. gegenüber dem Gläubiger W. unwirksam, weil damit eine Benachtheiligung desselben beabsichtigt worden sei.

---

16. *Constitutum possessorium. Sicherstellung eines Darlehens. Art. 202 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichtes vom 8. November 1888 i. S. Heinrich Anderwert c. Concursmasse des Ulrich Schönholzer.

H. Anderwert hatte an den Bäcker Ulrich Schönholzer aus Darleihen eine Forderung von Fr. 1500 vom 12. November 1886 her. Am 3. Juli 1887 verpflichtete er sich im Weiteren zur Zahlung einer Summe von Fr. 2000 an einen Schatzungsgläubiger des Schönholzer, so dass dieser ihm nunmehr Fr. 3500 schuldete. Unter dem gleichen 3. Juli 1887 bescheinigten die Eheleute Schönholzer, dass sie dem A. für diesen Betrag sämmtliches Inventar und die Buchguthaben, sowie den ihnen in Aussicht stehenden Erbtheil käuflich abträten. Am gleichen 3. Juli 1887 überliess A. den Eheleuten Sch. sämmtliches Inventar pachtweise um den Jahreszins von Fr. 40. Am 4. Juli 1888 gerieth Sch. in Concurs, und A. vindicirte in demselben sämmtliche Fahrhabe nebst Buchguthaben, gestützt auf Art. 202 O. R., während die Concursverwaltung behauptete, es handle sich um ein fingirtes Rechtsgeschäft, welches keinen Anspruch auf richterlichen Schutz habe.

Die erste Instanz wies die Eigenthumsansprache ab, in der Annahme, dass ein Kauf und ein definitiver Eigenthumserwerb nicht beabsichtigt gewesen sei. Der Zweck des A. sei gewesen, sich Deckung, ein Vorzugsrecht vor den anderen Gläubigern, zu schaffen. In Wirklichkeit habe es sich nicht um Kauf und Miethe gehandelt, sondern um eine Art Pfandverschreibung, die ungültig sei. — Auch aus dem Gesichtspuncte der Schädigung anderer Gläubiger halte der

Vertrag nicht Stand, da Sch. offenbar schon im Juli 1887 insolvent gewesen sei und A. dies gewusst habe. A. habe geglaubt, sich besser zu stellen als Gläubiger für Fr. 3500 mit Anspruch auf das gesammte Mobiliar, denn als Gläubiger für Fr. 1500 bei bestehenden ihm vorausgehenden Schatzungsrechten eines Dritten für Fr. 3412. — In zweiter Instanz wurde die Vindication gutgeheissen.

Motive: Nach Art. 202 O. R. ist das constitutum possessorium rechtlich zulässig, nur darf dadurch nicht eine Benachtheiligung Dritter beabsichtigt sein. Letzteres liegt hier nicht vor. Es ist unbestritten, auch dargethan, dass A. die Schatzung des Müller Ringold, zu deren Befriedigung das gesammte Mobiliar nebst Buchguthaben nicht einmal ausgereicht hätte, abgelöst hat durch Zahlung einer Summe von Fr. 2000. Hätte damals die Schatzung Ringold's liquidirt werden müssen, so hätte keiner der anderen Gläubiger etwas zu seiner Befriedigung erhalten. Es ist auch unbestritten, dass A. durch die Zahlung der Fr. 2000 mehr leistete als das Mobiliar nebst den Buchguthaben werth war.

Richtig ist allerdings, dass diese Auffassung der früheren thurgauischen Praxis, welche das constitutum possessorium nicht anerkannte, nicht entspricht; dagegen steht sie in Uebereinstimmung mit dem Recht, welches das Bundesgesetz über das Obligationenrecht geschaffen hat. Es hat auch das thurg. Obergericht bereits unterem 29. August 1888 in Sachen J. Güttinger gegen J. Baumgartner diesen Standpunct eingenommen, und hier liegt im Wesentlichen derselbe Fall vor. A. hatte offenbar die Absicht, sich für das Darleihen, welches er dem Sch. machen wollte, zu sichern, und da die Pfandbestellung nur in der Form des Faustpfandes gültig ist, ein solches aber hier unthunlich war, hat er ein constitutum possessorium nach Art. 202 O. R. abgeschlossen. Die auf eine solche Weise bewerkstelligte Sicherung für ein gemachtes Darleihen ist gesetzlich zulässig. Die Sicherstellung des Darleihenden ist nicht unzulässig, sie muss nur in der gesetzlich zulässigen Form erfolgen. Aehnlich wie bei der Zulassung des Eigenthumsvorbehaltes besteht ein logischer Widerspruch in der Bundesgesetzgebung in Bezug auf die Verpfändung von Mobilien: das Prinzip, dass die Verpfändung von Mobilien nur in der Form des Faustpfandes gültig sei, wird durchbrochen dadurch, dass das constitutum possessorium zulässig erklärt wird. Allein dieser Widerspruch hat eben Gesetzeskraft erlangt. — Anders wäre es, wenn der Appellant nicht nur für die Fr. 2000, welche er als neues Darleihen

gab, sondern auch für die ca. Fr. 1500, welche er bei Abschluss des Vertrages bereits zu gut hatte, ganz oder theilweise gedeckt worden wäre; dann käme in Frage, dass andere Gläubiger benachtheiligt worden wären. Allein dies liegt hier zugegebener Massen nicht vor.

---

17. *Bürgschaft. Das Recht des Bürgen auf Sicherstellung darf nicht in Absicht einer Schädigung der Gläubiger des Hauptschuldners ausgeübt werden. Art. 511 O. R.*

Bern. Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 13. April 1888 i. S. Massa Marggi c. J. Marggi.

Jakob M. hatte sich für seinen Bruder Christian vielfach verbürgt und liess sich von ihm am 4. Jan. 1887 durch „Sicherheitsleistungs- und Kaufvertrag“ dessen Viehwaare für Fr. 4800 abtreten, welche durch Bezahlung der verbürgten Forderungen getilgt werden sollten. Drei Tage darauf gab Christian M. ein Geltstagsbegehren ein und es ergab sich eine starke Ueberschuldung, daher die Concursgläubiger Nichtigerklärung des Vertrags und Rückgabe der im Besitz des J. M. befindlichen Gegenstände verlangten. J. M. berief sich darauf, dass er nach Art. 511 des O. R. sich habe für seine Bürgschaftspflicht sicher stellen lassen. Der Appellations- und Cassationshof verwarf diese Einrede mit folgendem Motive:

Mit der in Art. 511 O. R. enthaltenen Bestimmung sollte dem Bürgen das Recht gewahrt werden, gegebenen Falls den Hauptschuldner zur Bestellung einer Personal- oder Realcaution anzuhalten, nicht aber wollte der Gesetzgeber dem Bürgen eine Hinterthür öffnen, um sich unter dem Deckmantel der Sicherstellung von dem am Vorabend des Geltstages stehenden Schuldner zum Nachtheile der übrigen Gläubiger widerrechtlich begünstigen zu lassen. Der sog. Sicherstellungs- und Kaufvertrag vom 4. Januar 1887 läuft aber auf nichts anderes hinaus als auf Uebernahme der Schuldpflicht seitens des Bürgen gegen Ueberlassung der Viehwaare des Hauptschuldners an Zahlungsstatt. Man hat es also nicht sowohl mit einer Sicherstellung des Beklagten für die eingegangenen Bürgschaftsverpflichtungen, als mit einer in fraudem creditorum vorgenommenen Deckung desselben zu thun und es rechtfertigt sich der Zuspruch der gestellten Klagbegehren.

---

18. *Inscription au registre du commerce. Applicabilité du Code des Obligations quant aux sociétés ayant un but économique fondées avant la mise en vigueur du Code. Art. 717 C. O.*

Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 19. Sept. 1888 d. l. c. Turin et Vaney c. Fromagerie d'Eclagnens.

Par convention du 4 avril 1886 la Société de fromagerie et laiterie d'Eclagnens a vendu à E. Porchet le lait qu'apporteraient les associés à la laiterie à partir du 1er juin 1886 au 1er juin 1887. Porchet ne remplit pas ses engagements, et la Société a ouvert action contre lui et contre ses deux cautions solidaires Turin et Vaney. Le moyen exceptionnel soulevé par les défendeurs consistait à dire que la demanderesse ne jouissait pas de la personnalité civile le 4 avril 1886, par la raison qu'elle n'était pas inscrite à cette date au registre du commerce et que, dès lors, elle n'a pas vocation à agir contre les défendeurs. En effet, la demanderesse n'était pas inscrite au registre du commerce à la date du 4 avril 1886; par contre, elle l'a été le 19 mars 1887, date de l'ouverture de l'action. Le Tribunal d'Echallens admit les conclusions de la demanderesse par les motifs suivants: sous l'empire de la loi du 30 novembre 1857 sur les sociétés de fromagerie et de laiterie, la sanction du Conseil d'Etat accordait tacitement à ces sociétés la qualité de personne morale; cette qualité n'a pas été perdue par le fait de l'entrée en vigueur du Code des Obligations; ainsi la société était reconnue personne morale par le droit cantonal (C. O. 717) et l'inscription ne lui a conféré que la personnalité civile du droit fédéral. Turin et Vaney ont recouru contre ce jugement et le recours a été admis par le Tribunal cantonal.

Motifs: Considérant que le C. O. ne fait aucune distinction entre les sociétés ou associations qui jouissent déjà de la qualité de personne morale avant le 1er janvier 1883 et celles qui ne se sont formées qu'après cette date.

Qu'ainsi on ne saurait admettre, que le législateur ait voulu créer deux régimes différents, l'un pour les sociétés antérieures au 1er janvier 1883, l'autre pour celles créées postérieurement à cette date.

Que lorsque des dispositions légales telles que celles relatives à l'inscription des sociétés au registre du commerce entrent en vigueur elles s'appliquent immédiatement à toutes les sociétés existantes.

Qu'en effet, ce sont de simples dispositions d'ordre qui déterminent quelles sont les mesures qui doivent être prises,

non pour créer un droit, mais pour fixer la manière dont ce droit sera exercé.

Attendu que, si l'on admettait que les sociétés qui jouissaient de la personnalité morale sous le régime du droit cantonal la conservent dès le 1er janvier 1883, sans même se faire inscrire au registre du commerce, on en arriverait à enlever toute portée à l'art. 717 C. O., qui deviendrait ainsi lettre morte vis-à-vis des associations créées antérieurement à cette date.

Que, dès lors, il n'existe aucun lien de droit entre les recourants et la dite société, ceux-ci n'étant engagés que vis-à-vis des membres de cette société pris individuellement.

---

19. *Wechselexecution gegen eins von mehreren Geschwistern auf Grund seines Accepts „Namens der Geschwister" und seiner persönlichen Eintragung im Handelsregister. Art. 720, 739 O. R.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 3. Febr. 1888 i. S. Gieser & Cie. c. J. Wagen.

Gieser & Cie. in Frankfurt a. M. verlangten beim Bezirksgerichtspräsidenten der Stadt Schaffhausen Wechselrechtstrieb gegen J. Wagen, Bierbrauer, auf Grund eines Wechsels, gezogen auf „Geschwister Wagen" und acceptiert „Namens der Geschwister Wagen J. Wagen, Bierbrauer zu Schönau".

Der Gerichtspräsident wies, da die Geschwister Wagen nicht ragioniert seien, die Sache in das ordentliche Betreibungsverfahren. Hiegegen beschwerte sich der Vertreter der Kläger beim Obergerichte, da J. Wagen ragioniert sei und er sich ja für seine Geschwister wechselmässig verpflichtet habe, im Weitern aber, da er ebenfalls zu den „Geschwistern Wagen" gehöre, jedenfalls für seinen Antheil wechselrechtlich hafte.

Das Obergericht erklärte die Beschwerde für begründet und wies das Bezirksgerichtspräsidium an, den Wechselrechtstrieb fortzusetzen.

Gründe: Aus der Form des Acceptes geht deutlich hervor, dass J. Wagen sich nicht persönlich verpflichten wollte, sondern nur als Stellvertreter der „Geschwister Wagen" zu handeln erklärte. Wäre über die Tragweite der Erklärung ein Zweifel möglich, so müsste sie gemäss O. R. 739 als unbedingte Annahmeerklärung seitens des J. Wagen persönlich betrachtet werden, und dieser würde hieraus verpflichtet sein, falls nicht das unwirksame Accept eines Nichttrassaten

vorliegen würde. Nachdem ohne allen Zweifel J. Wagen nur als Mandatar der Geschwister W. acceptiert hat, werden aus dem Accept diese verpflichtet, vorausgesetzt, dass er die nöthige Vollmacht besass. Diess nimmt das Gericht an namentlich mit Rücksicht darauf, dass die Gegenpartei die Vorlage einer Vollmacht selbst nicht verlangt hat. Da aber unter der Bezeichnung „Geschwister Wagen“ nicht eine kaufmännische Firma oder eine Collectivgesellschaft erblickt werden kann, sondern lediglich eine Vereinigung von Personen, so erscheinen als die aus dieser Collectivbezeichnung Berechtigten bezw. Verpflichteten die einzelnen Geschwister Wagen persönlich. Durch die von einem richtig Bevollmächtigten abgegebene Wechselerklärung werden die einzelnen Mitglieder der Vereinigung „Geschwister Wagen“ persönlich verpflichtet. Sie sind die Bezogenen und auch die Acceptanten. Es ist nun unbestritten, dass Beklagter auch zu diesen Geschwistern gehört, und in Folge dessen haftet er wechselmässig, nicht als Mandatar, sondern als einer der Mandanten. Ob J. Wagen für die ganze Wechselschuld oder nur für einen Theil derselben einzustehen hat, ist hier nicht zu erörtern. Der Umstand, dass er überhaupt wechselrechtlich verpflichtet ist, in Verbindung mit der Thatsache, dass er im Handelsregister eingetragen ist, genügt für die Zulässigkeit einer Wechselexecution gegen ihn persönlich.[1]

---

[1]) Dieser Entscheid unterliegt Bedenken. Die Praxis neigt dahin die gesetzliche Vorschrift, wonach die Tratte den Namen der Person oder die Firma enthalten soll, welche die Zahlung zu leisten hat, strikte dahin auszulegen, dass Tratten nur auf eine Person oder auf eine Firma gezogen werden sollen, dass mithin Wechsel ungiltig sind, welche auf Personenmehrheiten gezogen sind, die nicht Firmen sind. Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich gerade aus vorliegendem Streite. Weder die Bevollmächtigung des J. Wagen ist aus dem Wechsel ersichtlich, noch die Thatsache, dass wirklich eine „Vereinigung“ Geschwister Wagen bestehe; und doch müsste gemäss O. R. 543 und 544, damit J. Wagen als Theilhaber dieser Vereinigung für dieselbe und solidarisch hafte, sowohl die Thatsache des Bestehens einer solchen Vereinigung (d. h. eine einfache Gesellschaft) als die Ermächtigung eines Gesellschafters, die Gesellschaft als solche oder die einzelnen Gesellschafter Dritten gegenüber zu verpflichten, bewiesen sein, bevor einer der Gesellschafter kraft seiner Betheiligung haftbar gemacht werden kann. Ein solcher Wechsel eignet sich also zum Mindesten nicht zur wechselrechtlichen Betreibung, sondern die Streitfragen sollten im ordentlichen Verfahren entschieden werden.

20. *Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb. Bemessung der Entschädigung.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 11. September 1888 i. S. Glogg c. Nordostbahn.

Kläger, 1843 geboren, 1869 als Bremser in den Dienst der N. O. B. getreten, seit 1870 Conducteur und seit 1874 Zugführer, verunglückte am 28. Juni 1887 auf der Station Rheinfelden beim Umladen eines Wagens, er verlor von der rechten Hand zwei Finger und auch sonst büsste die Hand an Kraft und Sicherheit ein. Als Entschädigung verlangte er von der N. O. B. Fr. 15,000, was diese als höchst übertrieben abwies. Vor Gericht bot sie Fr. 4000 an. Ueber seinen bisherigen Verdienst gab Kläger an, er habe einen fixen Jahresgehalt von Fr. 1620 gehabt und an Stundengeldern monatlich Fr. 70—75 oder jährlich Fr. 840—900 verdient. Beklagte rechnete in letzterer Hinsicht bloss Fr. 600, weil nur dieser Betrag der Berechnung der Einlagen in die Pensions- und Hülfscasse zu Grunde gelegt worden sei, und zog davon noch die in besagte Casse jährlich eingelegten Fr. 88 ab, was Kläger als unzulässig anfocht. Das Bezirksgericht trat aber in allen diesen, die Berechnung des Verdiensts betreffenden Puncten der Ansicht der N. O. B. bei, nahm also eine Jahreseinnahme von Fr. 2132 an, setzte die Quote, um welche die Erwerbsfähigkeit des Klägers vermindert worden, auf $^1/_4$ an, somit Verdienstausfall Fr. 533, dem ein Rentencapital von rund Fr. 8000 entspreche, zu welcher Summe es die N. O. B. verurtheilte. Auf Appellation des Klägers, der sich die Beklagte anschloss, wurde das Urtheil bestätigt, aber bei theilweise abweichenden Erwägungen.

1. Für die Berechnung des Jahresverdienstes nahm die 2. Instanz den Ansatz des Klägers als erwiesen oder sonst berechtigt an: bezüglich der Stundengelder wird über die Unstatthaftigkeit der Zugrundelegung des für die Einlage in die Pensionscasse als massgebend angenommenen Betrags von Fr. 600 gesagt: „Dieser Umstand kann unmöglich ausschlaggebend sein, wenn berücksichtigt wird, dass der Kläger thatsächlich Fr. 840—900 jährlich eingenommen hat, dass aber bei der Berechnung der Einlagen in die Hülfs- und Pensionscasse, diesem Zwecke entsprechend, ganz naturgemäss nicht vom Durchschnitts-, sondern vom Minimalertrag ausgegangen, ja sogar unter diesen gegriffen worden ist. Man musste hier einen Betrag festsetzen, dessen Erwerb unter allen Umständen und für alle Verhältnisse ein absolut sicherer war, weil doch gewiss selbst die Möglichkeit ausgeschlossen

werden musste, dass in irgend einem Zeitpunct Einlagen in die Pensions- und Hülfscasse von einem Verdienst berechnet werden, der in Wirklichkeit gar nicht gemacht worden war. Dem Bezirksgericht kann aber ferner auch darin nicht beigepflichtet werden, dass das Jahreseinkommen des Klägers um den Betrag seiner Einlagen in die Hülfs- und Pensionscasse (Fr. 88) reducirt werden müsse. Die Ansicht, dass dieser Betrag nicht einen Bestandtheil jenes Einkommens bilde, wäre nur dann richtig, wenn dessen Verausgabung gleichbedeutend wäre mit der Nichteinnahme: dies würde dann zutreffen, wenn der Kläger mit jenen Einlagen überall keinen Gegenwerth erworben hätte; ein solcher ist aber vorhanden, nämlich der Anspruch auf Unterstützung im Krankheits- und Invaliditätsfall, sowie der Anspruch auf Unterstützung der Familie im Todesfalle nach Massgabe der Statuten. Es scheint allerdings, dass der Kläger, da er die Haftpflicht der Beklagten in vollem Umfange geltend macht, nunmehr von der Pensions- und Hülfscasse nichts mehr beanspruchen kann (§ 13 der Statuten); allein das ändert nichts an dem Satze, dass seine Einlagen an sich keine unentgeltlichen waren, weil auch andere Fälle hätten eintreten können, die eine Zahlungspflicht der Pensions- und Hülfscasse begründet haben würden."

„Hienach ist davon auszugehen, dass der Kläger als Zugführer der Beklagten ein Jahreseinkommen von rund Fr. 2500 hatte. Indessen muss dabei der Nebenverdienst an Stundengeldern um den Betrag reducirt werden, den der Kläger gerade mit Rücksicht auf seine Stellung als Zugführer auf die Bestreitung aussergewöhnlicher Unterhaltungs- und Verköstigungsausgaben verwenden musste, denn im Umfange dieser Auslagen ist der Wegfall des Nebenverdienstes kein Nachtheil für den Kläger, weil gleichzeitig mit ihm auch diese aussergewöhnlichen Spesen aufhören, zu deren Bestreitung der Nebenverdienst vorzugsweise bestimmt war. Die Richtigkeit dieser Auffassung ist auch bundesgerichtlich anerkannt (Vgl. a. S. d. b.-g. E. VII 536 und IX 284). Diese aussergewöhnlichen Auslagen, welche dem Kläger dadurch, dass er vorzugsweise auswärts leben musste, erwachsen sind, dürften mit circa Fr. 500 nicht zu hoch angeschlagen sein und bleibt sodann eine der Berechnung des Verdienstausfalles zu Grunde zu legende Summe von rund Fr. 2000."

2. „Der Vermögensnachtheil, den Kläger erleidet, ist gleich dem Werth des Verdienstausfalles, der mit der Reduction seiner Erwerbsfähigkeit zusammenhängt. Der Be-

trag, den er der Verletzung wegen in der Folge weniger verdienen kann als er bisher verdient hat, ist der Verdienstausfall, dessen Capitalwerth ihm die Beklagte zu ersetzen hat.“ (Es wird nun des Längern erörtert, dass in dem ähnlichen Falle Stocker c. N. O. B. a. S. d. b.-g. E. VI 152 eine Reduction der Arbeits- und Verdienstfähigkeit um $^1/_4$ sei angenommen worden, dass aber in dem heutigen Falle die Sachlage für den Kläger etwas günstiger sei und somit eine zwischen $^1/_4$ und $^1/_5$ sich bewegende Reduction anzunehmen sei. Damit kam die 2. Instanz auf den Betrag von Fr. 575 jährlich; nach den Statuten der Rentenanstalt hätte Kläger für den Erwerb einer Rente von Fr. 575 ein Capital von Fr. 8395 zu zahlen; diese Summe wird auf Fr. 8000 reducirt, weil die einmalige Capitalzahlung für den Kläger offenbar vortheilhafter sei, somit ergab sich das gleiche Resultat wie in erster Instanz.)

---

21. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Einfluss einer früheren Verletzung auf die Zumessung der Entschädigung. B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb vom 25. Juni 1881. Art. 5 c.*
Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 6. October 1887.

Marie G. hatte in der Floretspinnerei zu K. schon 1872 durch einen Unfall drei Finger der rechten Hand verloren. Sie konnte aber trotzdem die Verrichtungen, die sie bisher besorgt hatte, auch fernerhin besorgen, so dass sie in ihrer Erwerbsfähigkeit nicht gehindert war, ja sie bediente später sogar zwei Maschinen, statt wie früher nur eine. Sie erlitt aber i. J. 1886 an derselben Hand einen zweiten Unfall, der ihr die Möglichkeit raubte, die zwei vordern Glieder des Zeigefingers zu gebrauchen. Dadurch wurde die Brauchbarkeit der Hand fast ganz aufgehoben; die Concurrenz der frühern und der spätern Verletzung machte sich in hohem Grade geltend; beständen die drei i. J. 1872 eingebüssten Finger noch, so könnte durch Exarticulation im ersten Gelenke des Zeigefingers sozusagen alle Brauchbarkeit wiedergegeben werden. Marie G. verlangte nun Fr. 3500 Entschädigung. Die Beklagte beantragte Reduction gemäss Bundesgesetz vom 25. Juni 1881 Art. 5, c (wonach solche einzutreten hat, „wenn des Geschädigten früher erlittene Verletzungen auf die letzte und deren Folgen Einfluss haben“). Das Obergericht sprach der Klägerin Fr. 2000 zu und äusserte sich über die Anwendbarkeit des cit. Art. 5 c folgendermassen:

Die Berufung auf Art. 5 c ist nicht zutreffend. Selbst-

verständlich hat die Beklagte nicht dafür aufzukommen, dass die Klägerin zufolge der früheren Verletzung bereits nicht mehr vollständig, sondern nur noch beschränkt erwerbsfähig war. Allein es ist davon auszugehen, wie die Klägerin im Momente der neu erlittenen Verletzung noch erwerbsfähig war.... Diese Erwerbsfähigkeit, und nach Massgabe des ärztlichen Gutachtens die Hälfte ihrer Erwerbsfähigkeit überhaupt, hat Klägerin im zweiten Unfall eingebüsst. Ebenso wenig ist die Behauptung zutreffend, dass ohne den Unfall von 1872 der neu erlittene nicht in diesem schweren Grade die Erwerbsfähigkeit reduciert haben würde. Die Einwendung, es würde durch den Unfall die Functionsfähigkeit der Hand nicht aufgehoben worden sein, wenn die Klägerin nicht schon früher drei Finger eingebüsst hätte, ist so wenig zuzulassen wie beispielsweise im Fall der Tödtung die Berufung auf einen bereits vorhandenen physischen Defect zulässig wäre, ohne welchen die schuldbare Handlung den thatsächlich eingetretenen Erfolg nicht herbeigeführt haben würde. Es ist also auch gar nicht ausgeschlossen, dass wenn die Leistungsfähigkeit der Hand im Momente der neuen Verletzung noch intact gewesen wäre, dieselbe gleichwohl ganz hiedurch hätte aufgehoben werden können; es ist nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich, dass, wären die übrigen Finger der Hand noch vorhanden gewesen, sie dem Unfall ebenfalls zum Opfer gefallen sein würden (cfr. Wyler c. Sulzer a. S. d. b.-g. E. VI S. 272). Immerhin ist für das Mass der Entschädigung zu berücksichtigen, dass Klägerin schon vor dem neuen Unfalle nur noch beschränkt erwerbsfähig war, d. h. dass sie nicht jedem ihr sonstwie, ohne den früheren Unfall zugänglichen Erwerbszweig sich noch hätte zuwenden können.

---

22. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Art. 9 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer vom 25. September 1888 i. S. Mülli c. Koch.

Der 62 Jahre alte Gussputzer M., seit langem Arbeiter der Gebrüder K., Eisengiesserei in Zürich, verletzte sich im December 1887 in der Giesserei beim Abladen sog. Masseln, indem ihm ein schweres Roheisenstück auf die linke Hand fiel und die drei äusseren Finger derselben quetschte. Schon zur Zeit des Unfalles hatten die Gebrüder K. ihre Arbeiter mittelst Collectivversicherung bei der Unfallversicherung Zürich versichert. Dieser wurde sofort die Schadensanzeige gemacht.

In der Folge erklärte M. der Versicherungsgesellschaft, dass er sich mit einer Gesammtentschädigungssumme von Fr. 2000 abfinden lasse. Diese nahm das Angebot an und zahlte dem M. die Fr. 2000 aus gegen eine Quittung der Gebrüder K. als ihrer eigentlichen Mitcontrahenten, dahin gehend, dass sie anerkennen mit dieser Summe für alle ihre Ansprüche auf Grund der Versicherung aus dem betreffenden Unfall abgefunden zu sein.

Die Gebrüder K. zahlten an die Versicherungsprämie:

a) aus eigenen Mitteln	42.857 Procent.
b) aus Lohnabzügen, die sie den Arbeitern machten	57.143 „

Mit Rücksicht hierauf verlangte M. von Gebrüdern K., dass sie die Leistung der Versicherungsgesellschaft nur im Verhältniss der von ihnen aus eigenen Mitteln geleisteten Prämienzahlungen an der Schadenersatzsumme von Fr. 2000, die sie ihm auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 schulden, in Abrechnung bringen können, und ihm somit denjenigen Betrag des Schadens noch zahlen müssen, welcher durch die ihren eigenen Prämienzahlungen entsprechende Quote der Versicherungsleistung nicht gedeckt werde (Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes). Seine Rechnung war folgende:

Von den Fr. 2000, welche die Versicherungsgesellschaft bezahlt habe, fallen auf die Prämienquote der Gebrüder K. (42,857 %) Fr. 857. 15, auf die des Arbeiters (57,143 %) Fr. 1142. 85. Diese letztere Summe klagte M. gegen die Gebrüder K. als den ihm noch gebührenden Antheil an den laut Haftpflichtgesetz von den Beklagten ihm geschuldeten Fr. 2000 ein.

Die Haupteinwendungen der Beklagten waren folgende:

a) Der Schaden übersteige nicht Fr. 700—800, mithin habe der Kläger nach seiner eigenen Rechnung nichts mehr zu fordern.

b) Die Forderung des Klägers sei eventuell dadurch vollständig getilgt, dass er den gesammten Schadensbetrag von Fr. 2000 von der Unfallversicherungsgesellschaft Zürich erhalten habe.

c) Eventuell sei den Beklagten nach Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes zum Voraus die Hälfte der von der Unfallversicherung ausgezahlten Summe gutzuschreiben und können sie überdies an der andern Hälfte in dem Verhältniss participiren, in dem sie gemeinsam mit dem Kläger die Versicherungsprämien bezahlt haben.

Die erste Instanz wies die Klage ab, die zweite Instanz dagegen schützte dieselbe im ganzen Umfange.

Motive: ad a. Der dem Kläger aus dem Unfalle erwachsene Schaden erreicht die geltend gemachte Summe von 2000 Fr. vollständig. (Hierüber wird im Urtheil ausgeführt, dass die Reduction der Arbeits- und Erwerbsfähigkeit auf $^1/_6$ zu veranschlagen sei, der Ausfall am Jahreslohn also, bei Annahme eines 300fachen Taglohnes von Fr. 3. 70, auf Fr. 185. Nach den Tabellen der Rentenanstalt würde für M. eine Rente von Fr. 185 mit Fr. 1739 zu erwerben sein, diese Summe zuzüglich der für Arbeitsunfähigkeit während 105 Tagen und Ärztkosten entstandenen Forderung von Fr. 388. 50 übersteige die Fr. 2000, daher Kläger seinen Schaden nicht zu hoch taxirt habe.)

ad b. Der von dem Kläger eingenommene Standpunkt, wonach er sich den von den Beklagten aus eigenen Mitteln gezahlten Prämienbetrag mit Fr. 857. 15 auf die von der Versicherungsgesellschaft empfangenen Fr. 2000 anrechnen lassen will, ist der allein richtige und dem Gesetz entsprechende. Die Frage der Anrechnung der Versicherungssumme ist in Art. 9 des Haftpflichtgesetzes klar und deutlich gelöst. Es ist schwer verständlich, wie die erste Instanz aus dieser Gesetzesbestimmung und dem Haftpflichtgesetz überhaupt herauslesen konnte, dass die Beklagten die ganze, von der Versicherungsgesellschaft ausbezahlte Summe mit ihrer Schuld aus der Haftpflicht verrechnen dürfen, ja sogar allgemein, „dass der Arbeitgeber, wenn er der Klage des Arbeiters die Einrede bereits erfolgter gänzlicher Schadloshaltung entgegensetzt, sich auch auf Zahlungen berufen könne, welche dem Arbeiter von anderer Seite, aus andern Mitteln als denen des Arbeitgebers zugeflossen sind".

Die Beklagten haben zwar von sich aus den Versicherungsvertrag mit der Unfallversicherungsgesellschaft abgeschlossen; sie werden im Vertrage als Versicherungsnehmer bezeichnet, nicht die einzelnen Arbeiter. Aber sie haben den Kläger an der Bezahlung der Versicherungsprämien participiren lassen und zwar mit 57,143 %, während sie selbst blos 42,857 % leisteten. Mithin haben die Beklagten ein Recht auf Einrechnung der Versicherungssumme blos im Verhältniss der von ihnen geleisteten Beträge, also auf Einrechnung eines Betrages von nur Fr. 857. 15, während dem Kläger die übrigen Fr. 1142. 85 ohne weiteres zu Eigenthum zugefallen sind, für welchen Betrag er eben als Selbstversicherer zu betrachten ist. (Den Rechtsausführungen der

ersten Instanz gegenüber, wonach Art. 9 des Fabrikhaftpflichtgesetzes nur dann Anwendung finden würde, wenn die ausbezahlte Versicherungssumme den Schadensbetrag nicht erreicht, verweist das Urtheil des Weitern auf den ständeräthlichen Commissionalbericht, verfasst von Ständerath Hofmann, B. B. 1881, S. 477: „dass in Fällen von Versicherungen, an denen der Arbeitgeber participirt, die bezahlte Versicherungssumme pro rata seines Beitragsverhältnisses an der von demselben zu leistenden Entschädigung in Abrechnung zu fallen habe, ist blosse privatrechtliche Folge eines gemeinsamen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer unternommenen Rechtsgeschäftes und bedarf insoweit keiner besonderen gesetzlichen Regulirung". Ferner auf die den Entwurf und die Berathung des Fabrikhaftpflichtgesetzes betreffenden Berichte im Bundesblatt von 1880 und 1881 und auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts (B. E. X. 358) und die des zürcherischen Gerichts (Hdlsgr. Entscheidungen II. 238) bezüglich der Frage der Einrechnung von Bezügen aus Krankenkassen, Versicherungsanstalten u. s. w.)

ad c. Der Art. 9 des Haftpflichtgesetzes bestimmt, dass nur die Bezahlung von wenigstens 50 % der Prämien durch den Arbeitgeber der vollständigen Selbstentrichtung derselben durch ihn gleichkommen soll, und nun wird diese Bestimmung von den Beklagten dahin ausgelegt, dass dem Arbeitgeber bei gemeinschaftlicher Versicherung immer und ohne alle Rücksicht auf das Mass seiner Betheiligung an der Prämienentrichtung 50 % der Versicherungssumme und überdem von der anderen Hälfte ein zum bezahlten Prämienbetrag proportionaler Antheil zukommen soll. Diese Auslegung bedarf indessen keiner besonderen Widerlegung. Sie ist mit dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes einfach unvereinbar.

---

23. *Convention franco-suisse du 15. juin 1869, art. 5. Action en partage des immeubles d'une succession. Compétence.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 19. déc. 1887 d. l. c. Dumas c. Dumas.

J. P. E. Dumas, ressortissant français, est décédé intestat à Genève; son père, Ch. P. Dumas, se disant héritier bénéficiaire pour $^{8}/_{14}$ du défunt, a introduit devant le tribunal civil de Genève contre ses cohéritiers une instance en partage de terrain sis à Plainpalais (Genève) et dépendant de

la succession de son fils. Le tribunal civil s'est déclaré incompétent pour connaître de cette demande, en se basant sur l'art. 5 du traité franco-suisse du 15 juin 1869: „Toute action relative à la liquidation et au partage d'une succession sera portée devant le tribunal de l'ouverture de la succession, c. a. d. s'il s'agit d'un Français mort en Suisse devant le tribunal de son dernier domicile en France..... Toutefois, on devra pour le partage, la licitation ou la vente des immeubles, se conformer aux lois du pays de leur situation." D'après cet article, expose le jugement, les juges français, en prononçant le partage, l'ordonneront en exécution de l'art. 5; il y sera procédé conformément aux lois du pays de la situation des biens, et ce n'est qu'après ce jugement et l'obtention de son exequatur à Genève, que les juges de céans pourront ordonner l'accomplissement des formalités fixées par la loi Genevoise pour arriver au partage des immeubles situés sur le canton. La Cour de Justice civile a réformé ce jugement et a statué que le tribunal civil de Genève est compétent pour ordonner le partage des immeubles sis dans le canton et dépendant de la succession de feu J. P. E. Dumas, mais qu'il ne peut, en l'état, être procédé à ce partage, tant qu'il n'aura pas été, à défaut d'accord entre les parties, statué par la juridiction compétente sur les actions relatives à la liquidation de la succession et aux comptes à faire entre les héritiers.

Motifs: I. De la lecture du message présenté par le Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, lorsque le traité du 15 juin 1869 fut soumis à la ratification des Chambres (*Feuille fédérale*, 1869, II, p. 506), il résulte que la proposition faite au Gouvernement français d'établir une loi et une compétence uniques pour les successions des ressortissants de l'un des deux pays, décédés dans l'autre, ne fut pas agréée et que les délégués français refusèrent de reconnaître, soit le principe pur de la loi d'origine, soit celui de la loi du domicile. A la demande de la France, le principe de la loi d'origine fut admis avec cette restriction que pour le partage des immeubles, on devrait se conformer aux lois du pays où ils sont situés.

Il résulte, en second lieu, du Message que la distinction faite ne concerne pas seulement la loi à appliquer, mais également la juridiction compétente; il fut convenu, en effet (voir p. 510), que le juge compétent appliquerait sa propre loi; les délégués français ont, il est vrai, refusé de le mentionner formellement dans le traité parce que, selon eux,

cela se comprenait de soi, mais ils ont déclaré catégoriquement qu'il ne pouvait exister aucun doute à cet égard.

Considérant qu'il résulte de là que, dans l'intention des négociateurs du traité et des autorités qui l'ont ratifié, l'immeuble dépendant de la succession d'un Français décédé en Suisse doit, non seulement être partagé conformément à la législation du canton dans lequel il se trouve, mais que le seul tribunal compétent pour ordonner ce partage est celui de la situation de l'immeuble, soit le tribunal dont la loi est applicable à ce partage;

Qu'en l'espèce, les tribunaux du canton de Genève sont donc seuls compétents pour ordonner le partage des immeubles dépendant de la succession de feu Dumas et sis dans le canton.

II. Bien que le tribunal de la situation des immeubles soit, ainsi qu'il vient d'être démontré, seul compétent pour en ordonner le partage, ce tribunal ne saurait faire abstraction complète des décisions qui peuvent être prises par le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, soit le tribunal du dernier domicile en France. C'est, en effet, ce tribunal qui, aux termes du traité de 1869, est compétent pour statuer d'une manière générale, et sauf l'exception qui a trait aux immeubles, sur les actions relatives à la liquidation et au partage de la succession et aux comptes à faire entre les héritiers.

Tant que, à défaut d'un accord entre les parties, il n'aura pas été, par le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession, statué sur les actions relatives à la liquidation de la succession et aux comptes à faire entre les héritiers, le tribunal du lieu de la situation des immeubles ne saurait, en connaissance de cause, ordonner le partage des immeubles sis dans son ressort.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

24. *Art. 29 B.-G. betr. Organis. der B.-Rechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Begriff des Hauptartheils. Ist der Entscheid eines Kassationsgerichtes als solches anzusehen?*

Im Kanton Zug besteht ein Kassationsgericht, an welches obergerichtliche Urtheile mittelst der Nichtigkeitsbeschwerde gezogen werden können. Die Nichtigkeitsbeschwerde hat Suspensivkraft. Die Erben St. hatten gegen ein Urtheil dieses Kassationsgerichtes, durch welches ihre Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein obergerichtliches Urtheil abgewiesen worden war, das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes ergriffen. Allein das B.-Gericht trat auf dasselbe wegen Verspätung nicht ein. Gründe: Letztinstanzliches Hauptartheil im Sinne des Art. 29 Org.-Ges. ist das Urtheil der höchsten kantonalen Instanz, durch welches in der Sache selbst, d. h. über den Bestand des streitigen Anspruches entschieden wird. Kein letztinstanzliches kantonales Hauptartheil, weil überhaupt kein Hauptartheil, ist dagegen die Entscheidung eines kantonalen Gerichts über ein ausserordentliches Rechtsmittel, durch welches nicht die Sache selbst an eine höhere Instanz gezogen, sondern womit nur gewisse Fehler im Verfahren oder Urtheil des sachentscheidenden Richters gerügt werden können. Nach der zugerischen C. P. O. hat das Zuger Kassationsgericht bei Prüfung der Nichtigkeitsbeschwerde niemals in der Sache selbst in rechtlicher oder thatsächlicher Hinsicht zu entscheiden, sondern seine Cognition beschränkt sich stets darauf, ob das angefochtene Urtheil an einem der im Gesetze als Cassationsgrund bezeichneten Mängel leide. So geht denn auch in casu das Urtheil des Kassationsgerichts nicht auf

Abweisung der Klage, sondern auf Verwerfung der Kassationsbeschwerde, weil keiner der geltend gemachten Kassationsgründe vorliege. Zu Fällung des Hauptartheils ist das Kassationsgericht — ausnahmsweise in gewissen Fällen — erst dann berufen, wenn es die Kassationsbeschwerde für begründet erklärt hat. In diesen Fällen entscheidet es an Stelle des vordern Richters in der Sache selbst und dieses nach Gutheissung der Kassationsbeschwerde ausgefällte Urtheil in der Sache selbst ist dann natürlich ebensowohl ein letztinstanzliches, unter den gesetzlichen Voraussetzungen der Weiterziehung an's B.-Gericht unterliegendes Haupturtheil, wie es das neue Endurtheil des Obergerichtes wäre, wenn die Sache nach erfolgter Kassation zu erneuter Beurtheilung an dasselbe zurückgewiesen worden wäre. (Entsch. v. 16. Novbr. 1888 i. S. Erben Staub c. Rust.)[1])

---

25. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organis. d. B.-Rechtspflege. Feststellungsklage. Abweisung derselben durch das kantonale Gericht wegen Mangels eines Interesses des Klägers an sofortiger Feststellung. Incompetenz des Bundesgerichtes zur Abänderung.*

Ein kantonales Gericht hatte eine Feststellungsklage, mittelst welcher verlangt worden war, dass der Sinn einer Vertragsbestimmung festgestellt werde, aus dem Grunde abgewiesen, weil Kläger ein rechtliches Interesse daran, dass das Gericht die betr. Vertragsbestimmung jetzt schon interpretire und deren Bedeutung feststelle, weder behauptet noch nachgewiesen habe, und es somit an der ersten wesentlichen Voraussetzung einer Feststellungsklage fehle. Das B.-Gericht wies die gegen dieses Urtheil erhobene Beschwerde zurück, weil das kantonale Gericht die Klage aus prozessualen Gründen abgewiesen habe, die prozessuale Zulässigkeit von Rechtsbegehren sich aber nach dem kantonalen Rechte beurtheile, nicht nach eidg. Privatrechte, sonach in der angefochtenen Entscheidung eine Verletzung von Rechtssätzen des eidg. Privatrechts nicht liege. (Entsch. v. 8. Dezbr. 1888 i. S. Erben Rungger c. Vers.-Gesellschaft Le Soleil.)[2])

---

[1]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. Bd. III S. 216 Note ***.

[2]) Vgl. Art. 231 der deutsch. C. P. O. und dazu nun besonders die Schrift von A. Wach, Der Feststellungsanspruch. Leipzig 1889.

26. *Art. 29 B.-G. betr. Organis. d. B.-Rechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilstreitigkeiten. Arrestsachen.*

Da die Voraussetzungen des Arrestes z. Zt. ausschliesslich durch das kantonale Prozessrecht normirt werden, so ist das B.-Gericht gemäss Art. 29 Org.-Ges. nicht competent, über die Gültigkeit eines von den zuständigen kantonalen Behörden verfügten Arrestes zu entscheiden. Daraus folgt, dass, wenn die kantonalen Gerichte einen Arrest als rechtsgültig aufrecht erhalten haben, auch eine auf Art. 50 O. R. gestützte Schadensersatzforderung wegen Herausnahme des Arrestes vom B.-Gerichte nicht gutgeheissen werden kann. (Entsch. v. 16. Novbr. 1888 i. S. Schweikhardt c. Rothschild.)[1]

---

27. *Art. 29 Organis.-Ges. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilstreitigkeiten. Sicherheitsleistung des Klägers für Prozesskosten.*

Unter den Voraussetzungen, unter welchen der Kläger nach Art. 26 der eidg. C. P. O. für die Prozesskosten Sicherheit zu leisten hat, besteht diese Pflicht auch für den Kläger, welcher ein kantonales Urtheil nach Art. 29 Organis.-Ges. an das Bundesgericht weiterzieht; und zwar ist mit der Kautionsauflage die Androhung zu verbinden, dass im Falle Nichtleistung der Sicherheit innert der bestimmten Frist die Weiterziehung als dahin gefallen erklärt werde. (Entsch. v. 19. Januar 1889.)

---

28. *Art. 199, 200 und 202 O. R. Eigenthumserwerb durch Tradition. Erfordernisse der Tradition.*

Im November 1887 trat M. v. S. ihre Möbeln zur Deckung verschiedener Darlehen an ihre Schwester E. ab. Die als Kaufvertrag bezeichnete Urkunde enthält am Schlusse die Erklärung: „Diese sämmtlichen Gegenstände sind heute von mir der Käuferin übergeben worden.“ Das kantonale Gericht stellte indess fest, dass M. v. S. stets die alleinige Mietherin der Wohnung, in welcher sich die betr. Möbeln befunden, gewesen sei und die letztern nach wie vor dem Kaufvertrage am gleichen Orte geblieben seien. In Uebereinstimmung mit dem kantonalen Gerichte wies das Bundesgericht die Eigenthumsansprache der E. ab. Gründe: Zur körperlichen

---

[1]) Vgl. diese Revue oben Nr. 3 S. 4 ff.

Besitzübergabe im Sinne des Art. 200 O. R. genügt eine bloss mündliche, wenn auch in Gegenwart der zu übereignenden Gegenstände oder sogar unter Berührung derselben geschehene Uebertragung des Gewahrsams nicht. Es ist vielmehr eine thatsächliche Aenderung des Gewaltverhältnisses erforderlich. Eine solche ist aber hier nicht erfolgt. Eine gültige Besitzübertragung durch constitutum possessorium ist schon desshalb ausgeschlossen, weil ein das Zurückbleiben des Gewahrsams beim Veräusserer begründendes besonderes Rechtsverhältniss, wie Miethe u. dgl. gar nicht behauptet ist. (Entsch. v. 16. Novbr. 1888 i. S. Schweikhardt und Endres c. Rothschild.) [1])

---

29. *Art. 211 und 884 O. R. Inwieweit ist eine Erstreckung des Grundpfandrechtes auf bewegliche Sachen nach O. R. noch zulässig? Wandlung des gesetzlichen Inhalts des Pfandrechts mit der jeweiligen Gesetzgebung. Zum Begriff der Zubehörde. Verhältniss der kantonalen Bestimmungen über das sog. „Blumensuchen" zum O. R.*

M. W. und K. F. wollten, als Wurfsübernehmer gewisser in Nidwalden gelegener Liegenschaften, für die von ihnen bezahlten Gültzinsen nach Nidwaldner Recht auf 3 Kühe des im Kanton Uri wohnhaften A., welche in den Jahren 1883 und 1884 auf jenen Liegenschaften den Blumen genossen hatten und sich damals noch im Kanton Nidwalden bei einem Dritten an der Fütterung befanden, greifen. [2]) A. bestritt die Kompetenz der Nidwaldner Gerichte, da es sich um eine persönliche Ansprache handle. Die Nidwaldner Gerichte erklärten sich aber competent, weil das Blumensuchen ein dingliches Recht sei. Das Bundesgericht entschied zu Gunsten des A. Gründe: das nidwaldische Recht des Blumensuchens ist nicht ein selbständiges Mobiliarpfandrecht, sondern eine Erstreckung der Wirkungen des Grundpfandrechtes auf bewegliche Sachen und zwar handelt es sich, wenigstens soweit das Pfandrecht sich nicht auf Sachen des verpfändenden Grundeigenthümers beschränkt, um den gesetzlichen Inhalt des Pfandrechtes, nicht um die Gültigkeit eines vertraglichen Verpfändungsaktes. Der gesetzliche Inhalt des Pfandrechtes wandelt sich mit der jeweiligen Gesetzgebung (s. Art. 884 O. R.) und ist also auch für früher begründete Pfandrechte

[1]) Vgl. diese Revue Bd. V, Nr. 115, S. 167 ff.

[2]) Vgl. über das Recht des Blumensuchens diese Revue Bd. VI, Nr. 4 und Blumer, Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratieen Bd. II, S. 93 ff.

vom Inkrafttreten des O. R. an nach dem neuen Rechte zu beurtheilen. Nach Art. 211 Abs. 1 und 3 O. R. bleiben die Vorschriften des kantonalen Rechtes in Kraft, vermöge deren bewegliche Sachen als Zubehörden eines Immobiliarpfandes nach den für dieses geltenden Formen mitverpfändet werden können, und ist die Frage, was als Zubehörde einer Liegenschaft zu betrachten sei, nach dem kantonalen Rechte zu beurtheilen. Das kantonale Recht wird also nur in Betreff solcher beweglichen Sachen vorbehalten, welche nach demselben Zubehörde eines Grundstückes sind. Bewegliche Sachen, welche nicht Zubehörden einer Liegenschaft sind, können demnach weder kraft kantonalen Gesetzes, noch kraft Vertrages in der Liegenschaftsverpfändung inbegriffen, sondern nur nach Massgabe der Bestimmungen des O. R. gültig verpfändet werden. Nun ist klar, dass auch nach dem weitest denkbaren Begriffe der Zubehörden fremdes Vieh, welches bloss vorübergehend auf einem Gute eingestellt oder gar nur auswärts aus dem Futterertrage gefüttert worden ist, niemals als Zubehörde [1]) des betreffenden Gutes betrachtet werden kann. Denn es besteht keinerlei Zweckbeziehung des fremden Viehes zu dem Gute. (Entsch v. Jenner 1889 i. S. Würsch und Flüeler c. Aschwanden.)

---

30. *Art. 253 und 254 O. R. Wandlungsanspruch beim Kauf. Abweisung der Wandlungsklage wegen Verjährung, dagegen Gutheissung der Wandlungseinrede. Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der Sache; Gegenansprüche des Käufers.*

J. R. hatte gegen H. F. auf Wandelung und Schadenersatz wegen nicht vertrags- und gesetzmässiger Beschaffenheit von 430 Stück ihm von H. F. verkauften und gelieferten Cambric scoured geklagt. F. bestritt die Klage und verlangte widerklagend Bezahlung des Fakturapreises der Waare. Das Bundesgericht, welches in der Sache letztinstanzlich zu entscheiden hatte, hat (s. das Urtheil a. S. d. b.-g. E. XI, S. 365 [2]) die Vorklage des R. und auch die Widerklage des F. abgewiesen. In den Gründen ist ausgeführt, dass die Wandelungsklage des R. verjährt sei und aus diesem Grunde abgewiesen werden müsse. Dagegen sei die auf die vertrags- und gesetzwidrige Beschaffenheit der Waare gegründete Einrede des-

---

[1]) Vgl. über Zubehörde (Pertinenzen) besonders Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. XXVI, S. 1 ff.

[2]) Diese Revue Bd. IV, Nr. 7, S. 5 f.

selben nicht verjährt und es stelle sich dieselbe als begründet dar, so dass auch die Widerklage zu verwerfen sei. Nach diesem Urtheile entstand zwischen den Parteien ein neuer Rechtsstreit. F. verlangte nämlich von R. die Herausgabe der Waare, bezw., sofern dieselbe nicht mehr in natura (unverändert) vorhanden sei, die Bezahlung des Fakturawerthes derselben; R. dagegen behauptete, zu Herausgabe der Waare nur gegen Bezahlung seiner Verwendungen auf dieselbe verpflichtet zu sein. Das Bundesgericht trat der Auffassung des Beklagten bei. Gründe: Es ist zwar richtig, dass durch die frühere bundesgerichtliche Entscheidung die Wandelung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Kaufes in seinem ganzen Umfange ausgesprochen wurde und dass in Folge dessen der Verkäufer an sich berechtigt ist, von dem (auf der Wandelung beharrenden) Käufer die Herausgabe der verkauften Waare zu verlangen. Zwar ist in Folge der Wandelung des Kaufes nicht etwa das Eigenthum an der verkauften Waare von selbst an den Verkäufer zurückgefallen, so dass er die Eigenthumsklage anheben könnte; vielmehr hätte es zu Rückübertragung des Eigenthums an derselben gemäss Art. 199 O. R. der Rückübertragung des Besitzes an denselben bedurft; wohl aber ist der Käufer, da durch die Wandelung des Kaufes der Rechtsgrund, kraft dessen er die Kaufsache besitzt, hinfällig geworden ist, persönlich (obligatorisch) zur Herausgabe verpflichtet (Art. 253 O. R.). Allein es ist nun nicht zu übersehen, dass wenn auch die Wandelungs- und Schadenersatzklage des Käufers durch die Entscheidung des Bundesgerichtes als verjährt abgewiesen worden ist, doch die Wandelungseinrede desselben für begründet erklärt wurde. Damit war gemäss Art. 253 O. R. grundsätzlich ausgesprochen, dass er berechtigt sei, Ersatz des ihm durch Lieferung fehlerhafter Waare unmittelbar verursachten Schadens zu verlangen, zwar, wegen Verjährung der Klage, nicht mehr klageweise, wohl aber einredeweise gegenüber den aus dem Kaufgeschäfte hervorgehenden Forderungen des Verkäufers, zu welchen eben auch der Anspruch auf Rückgabe der Waare gehört. Dies hat zur Folge, dass der Käufer zur Rückgabe der Waare nur gegen Erstattung seines genannten Schadens verpflichtet ist. Zu dem unmittelbar durch die fehlerhafte Lieferung verursachten Schaden (im Gegensatze zu dem mittelbaren Schaden durch entgangenen Gewinn u. s. w.) gehören nun aber gewiss in allererster Linie die Aufwendungen, welche der Käufer auf die Sache gemacht hat, welche er wegen Sachmängeln zurückgibt (vgl. Art. 253 in

Verbindung mit Art. 241 Ziffer 2 O. R.). Es ist daher der Käufer zur Rückgabe der Waare nur gegen Erstattung dieser Aufwendungen sammt Zinsen verpflichtet. Insoweit die Waare in natura nicht mehr zurückgegeben werden kann, da sie vom Käufer bearbeitet und weiterverkauft wurde, muss, da die Wandelung thatsächlich nicht ausgeführt werden kann, der Käufer, statt der Rückgabe der Kaufsache in natura, den Fakturawerth derselben bezahlen, wobei ihm dann aber die Berechtigung zusteht, gegen die sachbezügliche Forderung des Verkäufers die ihm zugesprochene Schadenersatzansprache aufzurechnen. (Entsch. v. 7. Dezbr. 1888 i. S. Fierz c. Rohner; a. S. d. b.-g. E. XIV, Nr. 104.)

---

31. *Art. 162, 166, 276 f., 292, 544 O. R. Miethe. Gewähr des Vermiethers zur vertragsmässigen Benutzung der Miethsache. Erkennbarkeit der Mängel zur Zeit des Abschlusses der Miethe. Berechtigt das Vorhandensein von Ungeziefer den Miether zum Rücktritt? Solidarhaft mehrerer gemeinsam miethender Gesellschafter; berechtigt der Tod des einen Gesellschafters den andern zur Kündigung nach Art. 293 O. R.? Stillschweigende Vereinbarung der Solidarhaft.*

Wenn ein Haus oder eine Wohnung auf Grund einer geschehenen Besichtigung vermiethet worden, so ist der Regel nach und von besonderen Zusicherungen des Vermiethers abgesehen nur derjenige Grad von Gebrauchstüchtigkeit zu betrachten, welcher der Miethsache nach ihren augenscheinlichen, Jedermann sofort erkennbaren Eigenschaften, nach ihrer ganzen sinnenfälligen Individualität überhaupt zukommt. Der Miether kann daher nur dasjenige Mass von Gebrauchstüchtigkeit, Annehmlichkeit u. s. w. erwarten und als zugesichert betrachten, welche sich aus der augenscheinlichen Beschaffenheit der Miethsache ergibt. Er kann also nachtheilige aber augenfällige Eigenschaften der Miethsache nicht nachträglich als Mängel rügen. Dagegen ist der Vermiether verpflichtet, die Miethsache in einem den Verhältnissen entsprechenden Stande der Unterhaltung zu übergeben, und es haftet derselbe ferner für solche den vertragsmässigen Gebrauch erheblich beeinträchtigende dauernde Mängel derselben, welche bei üblicher Besichtigung der Miethsache nicht Jedermann sofort erkennbar sind und daher vom Miether nicht von vornherein in Anschlag gebracht werden mussten.

Das Vorhandensein von Mäusen, „Schwaben“ und „Russen“ berechtigt nur ausnahmsweise, wenn die Infection sich zu einer

aussergewöhnlichen, mit den üblichen Mitteln nicht zu beseitigenden Plage gestaltet, zum Rücktritt vom Vertrage. Anders verhält es sich dagegen mit den Wanzen. Denn dieses Ungeziefer ist nicht nur geeignet, den Personen die Benutzung einer Wohnung äussert unangenehm, ja nach Umständen völlig unerträglich zu machen, sondern es bedroht auch die Sachen des Miethers mit Gefahr. Dasselbe kann auch, wenn es sich in einem gewissen Umfange eingenistet hat, nur sehr schwer und nur mit Mitteln ausgerottet werden, deren Verwendung eine erhebliche Beeinträchtigung der Benutzung der Wohnung enthält. Bei einigermassen erheblicher und dauernder Infection einer Wohnung mit Wanzen darf daher dem Miether die weitere Fortsetzung der Miethe, sofern er nicht etwa nach den localen Verhältnissen auch auf diese Plage gefasst sein musste, regelmässig nicht zugemuthet werden.[1]

Art. 162 O. R. fordert nicht, dass die Solidarhaft ausdrücklich vereinbart werden müsse; die sachbezügliche Erklärung kann daher auch eine stillschweigende sein, aus den Thatumständen gefolgert werden. Besteht zwischen den Miethern ein Gesellschaftsverhältniss, so liegt der Solidaritätsfall des Art. 544 O. R. vor.

Durch den Tod eines solidarisch haftenden Miethers und die Kündigung seitens der Erben desselben wird der andere Miether von seiner Verpflichtung weder ganz noch theilweise befreit, insbesondere tritt die Befreiung nicht nach Art. 166 O. R. ein. Dagegen ist im Allgemeinen anzuerkennen, dass wenn von mehreren solidarisch haftenden Miethern eines Hauses Einer stirbt, darin für die Nebenmiether ein wichtiger Grund liegt, welcher dieselben nach Art. 292 O. R. zur vorzeitigen Kündigung berechtigt. (Entsch. vom 25. Januar 1889 i. S. Azzolini c. Geiger.)

---

32. *Art. 145, 280, 297 u. 314 O. R. Theilweise Unmöglichkeit der Erfüllung eines Pachtvertrages zufolge unverschuldeten Untergangs des Pachtgegenstandes während der Pachtzeit; Folgen.*

Gestützt auf eine Mittheilung des eidg. Finanzdepartements, dass das Alkoholgesetz jedenfalls nicht vor dem 1. Januar 1888 in Kraft gesetzt werde, hatte der Kt. Glarus das Ohmgeld vom 1. Juni bis 31. December 1887 verpachtet. Nun erliess aber der Bundesrath schon am 15. Juli 1887 einen Beschluss, durch welchen die Einfuhr gebrannter Wasser vom

---

[1]) Vgl. Seuffert's Archiv XV. Nr. 115; XXIV. Nr. 29; XXXXII. Nr. 291. Sirey, code civ. annoté, Art. 1719 Nr. 37 (3. Aufl.).

20. Juli 1887 an ausschliesslich dem Bunde vorbehalten und die von den Kantonen und Gemeinden auf geistigen Getränken bezogenen Eingangsgebühren auf 1. September gl. J. aufgehoben wurden. Der Pächter des glarnerischen Ohmgeldes belangte desshalb den Kanton Glarus auf Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung des Pachtvertrages erwachsenen Schadens, unter Berufung auf Art. 280 ff. u. 314 O. R.

Das Bundesgericht wies die Klage ab. Der Begründung seines Urtheils entnehmen wir folgendes: Nach Art. 280, in Verbindung mit Art. 297 O. R., ist der Verpächter dem Pächter zum Schadensersatze verpflichtet, wenn ein Dritter einen mit dem Rechte des Pächters unverträglichen Anspruch auf den Pachtgegenstand erhebt und den Pächter in der vertragsmässigen Benutzung stört. Nach Art. 314 O. R. ist der Verpächter zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er den Pachtgegenstand während der Pachtzeit veräussert oder ihm derselbe infolge Rechtstriebes u. s. w. entzogen und dadurch die Vertragserfüllung gehindert wird. Allein in concreto trifft keine dieser Gesetzesbestimmungen zu. Das verpachtete kantonale Ohmgeld ist weder von einem Dritten beansprucht noch vom Kanton Glarus veräussert worden u. s. w. Vielmehr ist dasselbe durch einen Akt der souveränen eidg. Staatsgewalt überhaupt aufgehoben worden, daher der Pachtgegenstand untergegangen und dadurch dem beklagten kantonalen Fiscus die Erfüllung verunmöglicht worden. Eine Schuld hieran trifft den Kanton Glarus offenbar nicht, da ihm irgend welche Einwirkung auf das Inkraftsetzen des Alkoholgesetzes nicht zustand. Für den Fall nun aber, dass die Erfüllung des Pachtvertrages durch unverschuldeten zufälligen Untergang des Pachtgegenstandes unmöglich wird, gilt, in Ermangelung einer besondern, den Pachtvertrag betreffenden Gesetzesbestimmung, lediglich die allgemeine Regel des Art. 145 O. R., d. h. die Forderung des Pächters gilt als erloschen, und der Verpächter wird wegen unverschuldeter, zufälliger Unmöglichkeit der Erfüllung frei. Nach dem Grundsatze des Art. 145 O. R. ist ferner unzweifelhaft, dass mit dem Untergange des Pachtgegenstandes auch der Pächter von der Pflicht zur Leistung des Pachtzinses für die Folgezeit frei wird. Dagegen kann in der Regel nicht angenommen werden, dass durch den zufälligen Untergang des Pachtgegenstandes während der Pachtzeit der Pachtvertrag nach rückwärts aufgelöst werde und also als nicht abgeschlossen zu behandeln sei. In der Regel ist vielmehr der Verpächter berechtigt, für diejenige Zeit, während welcher er den Vertrag

erfüllt hat, auch die Gegenleistung des Pächters (den entsprechenden Pachtzins) zu verlangen, wobei dann freilich die geschuldete Pachtzinsrate nicht in allen Fällen schlechthin nach dem Verhältniss der thatsächlichen Dauer der Pacht zur vertragsmässigen Pachtzeit zu bestimmen ist, sondern wobei da, wo die dem Pächter überlassenen Nutzungen des Pachtgegenstandes sich auf die Pachtzeit in ungleichmässiger Weise vertheilen, eine Vertheilung ex aequo et bono stattzufinden hat. (Im Weitern wird dann ausgeführt, dass der Kanton Glarus in casu sich nicht auf diesen Standpunkt gestellt habe, sondern davon ausgehe, dass der Vertrag nach rückwärts vollständig aufgelöst worden sei und dieser Auffassung in casu beigetreten werden könne, da hier allerdings gesagt werden könne, die Ohmgeldpacht erscheine als ein einheitliches Spekulationsgeschäft, welches nach der Absicht der Parteien eine bloss theilweise Erfüllung nicht zulasse.) (Entsch. v. 21. Dzbr. 1888 i. S. Schuler c. Glarus.)[1])

---

33. *Verhältniss des eidg. O. R. zum kantonalen Recht. Sind Verträge über Cession von Grundpfandrechten nach eidgenössischem oder kantonalem Rechte zu beurtheilen?*

Obligatorische Verträge, durch welche sich Jemand zur Cession von Grundpfandrechten[2]) verpflichtet (promesses de subrogation), unterliegen dem kantonalen Recht. Das Bundesgericht ist daher nach Art. 29 Organis.-Ges. zur Beurtheilung von Klagen auf Erfüllung, Vollzug solcher Verträge nicht competent. (Entsch. v. 1. Februar 1889 i. S. Büeche c. Rossé.)

---

34. *Art. 46 lit. d B.-Gesetzes über Civilstand und Ehe. Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung. Natur und Bedeutung der in der citirten Gesetzesbestimmung vorgesehenen richterlichen Aufforderung zur Rückkehr.*

Hierüber entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgendes: Die Natur und Bedeutung der in Art. 46 lit. d des B.-Ges. über Civilstand und Ehe vorgesehenen richterlichen Aufforderung zur Rückkehr wird selbstverständlich für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft durch das Bundesgesetz einheitlich bestimmt und kann nicht etwa durch die

---

[1]) Vgl. Hartmann in Iherings Jahrbücher für Dogmatik des Privatrechts Bd. XXII S. 417 ff., und Schall im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 S. 446 f.

[2]) In casu ohne die versicherte Forderung, nach französ. Recht Vgl. Roth, System des deutschen Privatrechts III S. 674 bei N. 56.

kantonalen Prozessgesetze verschiedenartig gestaltet werden. In Auslegung des Bundesgesetzes erscheint nach dem Texte und der ganzen Haltung desselben vorerst als zweifellos, dass dasselbe nicht fordert und nicht will, dass, der Ehescheidungsklage wegen böswilliger Verlassung vorgängig, eine besondere Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens angehoben und also zunächst in besonderm Prozesse darüber verhandelt und entschieden werde, ob der Kläger den andern Gatten zur Rückkehr aufzufordern berechtigt sei; eine derartige Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens ist in der That dem Gesetze völlig fremd. Dagegen muss sich fragen, ob nach Sinn und Geist des Gesetzes die „richterliche Aufforderung“ zur Rückkehr binnen sechs Monaten, wie sie ohne Zweifel nothwendige Voraussetzung des Ehescheidungsausspruches wegen böswilliger Verlassung ist, auch schon Voraussetzung der Ehescheidungsklage sei, also der Erhebung der letztern vorausgehen und danach ohne richterliche Vorprüfung erlassen werden müsse, oder ob dieselbe erst im Ehescheidungsprozesse, nach Anhörung der Parteien und auf Grund richterlicher Prüfung der Thatsachen zu erlassen sei. Mit andern Worten es fragt sich, ob die richterliche Aufforderung des Art. 46 lit. d cit. als eine durch richterliche Vermittlung geschehende, dem Prozesse vorangehende Aufforderung der einen Partei an die andere, oder aber als gerichtliches Zwischenerkenntniss im Ehescheidungsprozesse[1]) gedacht sei. Soviel hierseits ersichtlich, gehen die in Ausführung des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe erlassenen Kantonalgesetze, soweit sie einschlägige Bestimmungen überhaupt enthalten, von der ersterwähnten Auffassung aus (siehe freiburgisches Gesetz vom 27. November 1875, Art. 94, und obwaldensches Gesetz vom 30. April 1876, Art. 6), und auch die Praxis scheint überwiegend in diesem Sinne zu verfahren. In der That sprechen denn auch überwiegende Gründe für diese Auslegung. Der Ausdruck „richterliche Aufforderung“ oder wie der französische Text des Gesetzes sich ausdrückt „sommation judiciaire“ deutet viel mehr auf eine durch richterliche Vermittlung geschehende Aufforderung seitens der Partei, als auf ein gerichtliches Zwischenerkenntniss hin. Wenn der Gesetzgeber die richterliche Aufforderung zur Rückkehr nicht

---

[1]) So früher in Zürich, § 188 des zürch. priv. Ges.-B.; Schaffhausen, § 179 des schaffh. priv. Ges.-B.; Thurgau, § 139 des thurg. priv. Ges.-B. Betr. das gemeine Recht s. Scheurl, Eherecht S. 327 ff. Vgl. auch Motive zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das deutsche Reich, IV S. 588 ff.

als Vorbedingung der Scheidungsklage, sondern als nothwendiges Zwischenerkenntniss im Ehescheidungsprozesse aufgefasst hätte, so hätte er dieser Anschauung wohl unzweideutigen Ausdruck dadurch gegeben, dass er vorerst die Voraussetzungen der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung festgestellt und sodann angeordnet hätte, dass trotz deren Vorhandensein immerhin nicht sofort auf Scheidung zu erkennen, sondern der fehlbare Ehegatte noch durch richterliches Erkenntniss zur Rückkehr binnen Frist aufzufordern sei. Er hat dies nicht gethan, sondern stellt die erfolglose richterliche Aufforderung zur Rückkehr in gleiche Linie mit der zweijährigen Dauer der Abwesenheit, rechnet sie also zu den Voraussetzungen der Erhebung der Scheidungsklage. Das Gesetz will eben, dass der verlassene Ehegatte, bevor er zum Scheidungsprozesse schreite, den andern Ehetheil noch einmal zur Erfüllung seiner Pflichten auffordere und zwar, damit die Aufforderung Ernst und Nachdruck gewinne und auch unzweideutig konstatirt sei, durch Vermittlung des Richters. (Entsch. v. 6. Dezbr. 1888 i. S. Eheleute Zgraggen.)[1]

---

35. *Art. 7 Ziff. 2 des Markenschutzgesetzes. Internationaler Markenschutz. Vertragsverhältniss mit Frankreich. Staatsvertrag vom 23. Februar 1882 und internationale Uebereinkunft vom 20. März 1883.*

Für die Gewährung des Markenschutzes nach Massgabe des schweiz. Gesetzes (Art. 18 ff.) genügt es, wenn die in der Schweiz gehörig deponirte Fabrik- oder Handelsmarke eines Produzenten oder Handeltreibenden, dessen Geschäft sich in Frankreich befindet, nach dem französischen Rechte geschützt ist, auch wenn dieselbe den Erfordernissen des schweiz. Gesetzes (Art. 4) nicht entspricht. (Entsch. v.

[1]) Bei dieser Auffassung des Art. 46 lit. d leg. cit. darf selbstverständlich die bösliche Verlassung nicht schon desshalb angenommen werden, weil die erlassene Aufforderung nicht befolgt worden ist. Vielmehr ist erst im Ehescheidungsprozesse zu ermitteln und festzustellen, ob wirklich eine bösliche Verlassung vorhanden und die Aufforderung des Klägers zur Rückkehr des abwesenden Theils eine ernstliche gewesen sei. Der die Aufforderung erlassende Richter — am Richtigsten wohl ein Einzelrichter (Gerichtspräsident) — kann daher nicht etwa die Androhung mit derselben verbinden, dass im Falle Nichtbefolgung der Aufforderung der die Aufforderung verlangende Ehegatte zur Scheidungsklage berechtigt sei. Vgl. Ullmer, Comm. zum zürch. priv. Ges.-B., Supplementband Nr. 2774 und 2775.

29. Septbr. 1888 i. S. Randon c. Weiss, a. S. d. b.-g. E. XIV S. 460 ff.)[1])

---

36. *Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Verschulden der Bahngesellschaft durch Nichtanbringung einer Barriere an einem Orte, wo solche zur Sicherheit des Publikums erforderlich ist. Kann sich die Bahngesellschaft zur Entschuldigung darauf berufen, dass die Aufsichtsbehörden ihr die Anbringung einer Barriere nachgelassen haben? Haft der Bahnunternehmung für Verschulden dritter, bei ihr nicht angestellter Personen bei eigenem Mitverschulden. Diligenzpflicht der Eisenbahnen.*

Hierüber entnehmen wir der Begründung eines bez. Urtheils folgendes: Es kann sich nur fragen, ob nicht der dritte der gesetzlichen Haftbefreiungsgründe zutreffe, d. h. ob nicht erwiesen sei, dass der Unfall durch Versehen oder Vergehen dritter, bei der Transportanstalt nicht angestellter Personen ohne eigenes Mitverschulden der Anstalt verursacht wurde. Zum Thatbestande dieses Haftbefreiungsgrundes ist, wie sich aus dem Wortlaute des Gesetzes klar ergibt, zweierlei erforderlich: einmal dass der Unfall durch Verschulden eines Dritten, für welches die Bahngesellschaft nicht nach Art. 3 des Gesetzes einzustehen hat, verursacht wurde (wobei nichts darauf ankommt, ob das Verschulden ein vorsätzliches oder fahrlässiges, grobes oder leichtes war); sodann dass die Anstalt ihrerseits kein Mitverschulden treffe. Ist zwar seitens Dritter auf den Eintritt des Unfalles schuldhaft eingewirkt worden, trifft aber auch die Transportanstalt ein Mitverschulden, so wird die Haftpflicht weder aufgehoben noch gemindert, sondern bleibt in ihrem ganzen Umfange bestehen. Den Eisenbahnen ist, wegen der Gefährlichkeit ihres Betriebes für Leben und Gesundheit ihrer Arbeiter und des Publikums, eine strenge, über das gemeine Recht hinausgehende Haftpflicht für Unfälle, welche durch diesen gefährlichen Betrieb verursacht werden, auferlegt worden; dieselben haben, wie sogar für gewöhnliche, nicht als höhere Gewalt zu qualifizirende Zufälle, die sich im Betriebe ereignen, so auch für solche Betriebsunfälle einzustehen, welche durch dritte, der Bahnverwaltung fremde Personen verursacht werden, sofern sie nicht ihrerseits alle nach der Lage der Sache gebotenen und thunlichen Veranstaltungen getroffen haben, um den Eintritt des Unfalles abzuwenden, d. h. zu verhindern, dass

---

[1]) Vgl. Meili, das Markenstrafrecht S. 52 ff. Kohler, Markenschutzrecht S. 412 ff., bes. S. 434 ff.

durch das Handeln Dritter ein Betriebsunfall herbeigeführt werde. Nur wenn letzteres der Fall ist, wenn also, trotz Aufwendung aller, der Unternehmung und ihrem Personale zuzumuthenden Sorgfalt und Umsicht, nicht verhindert werden konnte, dass das schuldhafte Einwirken Dritter die Verletzung oder Tödtung eines Menschen durch den Eisenbahnbetrieb herbeiführe, wird die Bahngesellschaft, gleich wie im Falle höherer Gewalt, befreit. Konnte dagegen der Unfall durch Anwendung passender Sicherheitsvorkehren u. drgl. seitens der Bahngesellschaft verhütet werden, so bleibt die Bahngesellschaft verantwortlich. Es liegt dann eben nicht ein, nach Lage der Sache unabwendbarer und daher von der Unternehmung nicht zu vertretender, sondern ein bei Aufwendung des der Eisenbahn mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit ihres Betriebes zuzumuthenden Masses von Sorgfalt abwendbarer Unfall vor.

Nun steht fest, dass der Unfall, so wie er sich ereignete, nicht hätte eintreten können, wenn das Bahngeleise bei der Einmündung des Ortssträsschens durch eine Barriere abgesperrt gewesen wäre. Der Bahngesellschaft lag nun aber ob, eine solche Absperrvorrichtung hier anzubringen. Die Vorinstanzen meinen, hierüber haben ausschliesslich die zuständigen administrativen Aufsichtsbehörden zu entscheiden, und weil diese eine derartige Vorrichtung nicht verlangt, vielmehr die Bahn, trotz des Mangels derselben, kollaudirt haben, so müsse der Richter ohne weiters davon ausgehen, dass die Bahn weitere Sicherheitsvorkehren anzubringen nicht verpflichtet gewesen sei. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Freilich ist der Richter nicht befugt, die Bahngesellschaft anzuhalten, Sicherheitsvorrichtungen wirklich zu erstellen. Dagegen hat er in den zu seiner Kognition gelangenden Rechtsfällen frei darüber zu entscheiden, ob der Bahngesellschaft ein Haftbefreiungsgrund zur Seite stehe, insbesondere ob dieselbe dasjenige Mass von Sorgfalt zum Zwecke der Verhütung von Unfällen aufgewendet habe, welches sie nach dem Gesetze zu prästiren hat. Kein Gesetz bindet den Richter in dieser Beziehung an den Befund einer Verwaltungsbehörde; derselbe ist daher wie berechtigt so auch verpflichtet, das geltende Recht auf die Thatsachen des streitigen Falles selbständig auf Grund eigener richterlicher Prüfung anzuwenden (s. in diesem Sinne Entscheidung i. S. Pache, A. Slg. Bd. V S. 112). Der Befund einer Verwaltungsbehörde vermag die Eisenbahn von der civilrechtlichen Verantwortlichkeit für Betriebsunfälle, welche ihr nach dem Gesetze

obliegt, nicht zu entbinden. Nun kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Seethalbahn verpflichtet ist, alle für die Verkehrssicherheit auf der Bahn und Strasse erforderlichen Vorkehren zu treffen (§ 16 des eidg. Eisenbahngesetzes und § 10 u. ff. des aargauischen Pflichtenheftes für die Seethalbahn). Zuzugeben ist nun freilich, dass bei Strassenbahnen die Einfriedigung der Bahngeleise nicht in gleicher Weise und in gleichem Umfange wie bei Normalbahnen durchführbar und durch die Anforderungen der Verkehrssicherheit geboten ist; die geringere Fahrgeschwindigkeit, die Möglichkeit, die Züge auf kurze Distanz zum Stehen zu bringen u. s. w., lassen bei Strassenbahnen das Bedürfniss der Einfriedigung nicht in gleichem Masse hervortreten wie bei Normalbahnen, wie denn auch selbstverständlich die ganze Anlage einer Strassenbahn die durchgängige Einfriedigung der Linie ausschliesst. Dagegen fordert die den Eisenbahnverwaltungen obliegende Pflicht, Gefährdungen der Sicherheit des Publikums durch den Eisenbahnbetrieb nach Möglichkeit abzuwenden, auch für Strassenbahnen die Einfriedigung solcher Stellen, wo infolge der besondern örtlichen Beschaffenheit beim Mangel sichernder Vorkehren die Gefahr von Unglücksfällen nahe liegt und von einer umsichtigen Bauleitung vorausgesehen werden muss. Unterlässt die Bahn an solchen Stellen das Anbringen von Sicherheitsvorkehren, so muss sie nach den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes die Gefahr tragen und für die Unfälle einstehen, welche sie durch geeignete Vorkehren hätte abwenden können, aber nicht abgewendet hat. (Entsch. v. 28. Septbr. 1888 i. S. Rupp c. Aarg.-Luzern. Seethalbahngesellschaft, A. S. d. b.-g. E. XIV S. 450 ff.)

---

37. *Art. 59 B. V. Gerichtsstand in Vaterschaftssachen. Begründet der Umstand, dass in einem Kanton der aussereheliche Geschlechtsumgang mit Strafe bedroht ist, auch die Kompetenz der dortigen Civilgerichte für die Beurtheilung der Alimentations- und Entschädigungspflicht des unehelichen Vaters?*

Der in Schaffhausen wohnhafte R. beschwerte sich, gestützt auf Art. 59 B.-V., über ein Urtheil des Kreisgerichtes Uri, durch welches er wegen Unzuchtsvergehen mit Strafe belegt und als Vater eines von der V. W. geborenen unehelichen Kindes zu Tragung der Hälfte der Unterhaltskosten des Kindes und Kindbettentschädigung an die V. W. verurtheilt worden war. Die V. W. machte geltend, im Kanton Uri werde der aussereheliche Geschlechtsumgang als Delikt

von Amtswegen verfolgt und bestraft. R. unterstehe daher der strafgerichtlichen Kompetenz dieses Kantons. Die urnersche Gesetzgebung betrachte aber in Paternitätsfällen das strafrechtliche Moment als das prinzipale. Das Bundesgericht hiess die lediglich bezüglich des Civilpunktes ergriffene Beschwerde gut. Gründe: Wenn auch das urnersche Recht den ausserehelichen Geschlechtsumgang mit Strafe bedroht und dasselbe ferner die Nachforschung nach der Vaterschaft von Amteswegen geschehen lässt und nach demselben Civil- und Strafpunkt in einem Verfahren erledigt werden können, so ist es dessenungeachtet nicht richtig, dass bei Feststellung der Alimentations- und Entschädigungspflicht des unehelichen Vaters es sich um Feststellung der Civilfolgen einer strafbaren Handlung handle. Die öffentliche Strafe ist auf das Unzuchtsvergehen, auf die That des ausserehelichen Geschlechtsumganges als solche gesetzt (wie sich aus § 20 u. ff. des urnerschen Paternitätsgesetzes zur Evidenz ergibt), die Civilansprüche auf Kindbettkosten und Alimentationsbeiträge dagegen gründen sich nicht hierauf, sondern auf die Thatsache der Vaterschaft; Fundament des Civil- und des Strafanspruches sind also nicht identisch. Der Civilanspruch kann begründet sein, auch wenn ein Strafanspruch (z. B. wegen Unzurechnungsfähigkeit des Vaters) nicht besteht, und umgekehrt ist die Strafe für das Unzuchtsvergehen verwirkt, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe eine Schwangerschaft zur Folge gehabt hat und somit ein Civilanspruch begründet ist. Die Vaterschaftsklage des urnerschen Rechts ist somit ihrer innern Natur nach keine Deliktsklage aus strafbarer Handlung, sondern eine auf die Thatsache der Blutsverwandtschaft resp. Erzeugung begründete Alimentationsklage und erscheint daher nach feststehender bundesrechtlicher Praxis als rein persönliche Klage im Sinne des Art. 59 Abs. 1 B.-V. (Entsch. v. 15. Dezbr. 1888 i. S. Restelli.)[1])

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. VI Nr. 64 S. 93, und Motive zum Entwurfe eines bürg. Ges.-B. für das deutsche Reich Bd. IV S. 864 ff., 868 ff.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

38. *Begriff des Civilurtheiles im Sinne von Art. 61 B.-V.*

Zürich. Entscheid des Kassationsgerichtes v. 28. Dezember 1888 i. S. Ernst c. Vogt.

E. gerieth in Frauenfeld i. J. 1883 in Konkurs. Die Konkurseröffnung nebst Fristansetzung für Anmeldung von Forderungen wurde auch im zürcherischen Amtsblatt bekannt gemacht. Der Metzger V. in Winterthur, dem E. von seinem frühern Wohnsitze daselbst noch Fr. 230.78 für Fleisch schuldete, meldete seine Forderung nicht an. Durch Verfügung der Konkurskommission wurden gesetzmässig diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen innert der angesetzten Frist nicht angemeldet hatten, ihrer Forderungsrechte verlustig erklärt. Nachher kam E. wieder nach Winterthur und nun betrieb ihn V. für seine Forderung und erhielt von der Rekurskammer des Obergerichtes Rechtsöffnung. Diesen Entscheid focht E. mit der Nichtigkeitsbeschwerde an wegen angeblichen Widerspruchs desselben mit dem thurgauischen Konkursgesetze, wonach die Forderung des Ansprechers erloschen sei, und eventuell mit Art. 61 B.-V., da laut rechtskräftigen Entscheides des thurgauischen Richters vom 30. April 1883 die Forderung als erloschen erklärt sei.

Das Kassationsgericht verwarf beide Standpunkte des Beschwerdestellers, den ersten mit der Ausführung, dass die Forderung des V. nicht nach thurgauischem, sondern nach zürcherischem Rechte zu beurtheilen sei, nach welchem eine Forderung durch Nichtanmeldung im Konkurse nicht untergehe, den zweiten auf Grund folgender Betrachtung: Die Bestimmung des Art. 61 B.-V. ist anerkanntermassen auf jeden rechtskräftigen Entscheid in einer Zivilsache, sei er in Form eines Beschlusses oder in Form eines Urtheils erlassen, anzuwenden. Ferner liegt es zweifellos im Sinne dieser Bestimmung, dass auch der Beklagte der Klage gegenüber sich überall in der Schweiz auf abgeurtheilte Sache berufen kann, wenn der Kläger von einem kantonalen Richter rechtskräftig abgewiesen worden ist. Allein unter einem Entscheide im

Sinne von Art. 61 B.-V. ist nur ein Entscheid zu verstehen, welchen der kantonale Richter gegen eine Partei erlassen hat, die ihn angerufen hat oder die seiner Gerichtsbarkeit unterworfen war, nicht aber ein Beschluss wie der vorliegende, der nicht gegen eine bestimmte Partei gerichtet und der Partei nicht mitgetheilt, auch von einem Richter erlassen worden ist, den die Partei nicht angerufen hat und dessen Gerichtsbarkeit sie nicht unterworfen war.

---

39. *Antrag zum Vertragsabschluss. Voraussetzungen desselben. Art. 3 O. R.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts v. 20. April 1888.

Im Namen einer Käsereigesellschaft richtete der Beklagte an den Kläger, einen Käsehändler, ein Angebot von 100 Stück Käse mit genauer Angabe der Qualität und des Preises und der Bitte um baldige Antwort. Der Händler antwortete, er wolle das Angebot berücksichtigen und werde sich zur Besichtigung der Waare an einem bestimmten Tage an Ort und Stelle einfinden, ersuche bis dahin nicht anderweitig zu verkaufen. Als er an diesem Tage eintraf, war der Käse bereits verkauft. Er klagte nun den vollen Schadenersatz ein, da Bekl. eine bindende Verkaufsofferte gemacht und er dieselbe acceptirt habe. Eventuell verlangte er Ersatz der Reisespesen. Diese letztern sprachen ihm beide Instanzen zu, weil Bekl. immerhin ihn zur Reise veranlasst, ihn wenigstens nicht rechtzeitig davon abgehalten habe. Mit der Hauptforderung aber wiesen sie ihn ab.

Motive: In dem ersten Schreiben des Bekl. ist keine bindende Verkaufsofferte im Sinne des Art. 3 O. R. zu erblicken. Der Brief bezweckte lediglich, dem Händler den Lagerbestand nach Quantum, Qualität und Preis zur Kenntniss zu bringen, in der Meinung, wenn derselbe auf die Waare reflectire, so sollen nähere Verhandlungen erfolgen. Kläger hat das auch selbst so aufgefasst, sonst hätte er nicht gebeten, die Waare nicht anderweitig zu verkaufen, bevor er dieselbe besichtigt. Läge übrigens auch eine verbindliche Offerte vor, so wäre doch jedenfalls von Seiten des Klägers keine Acceptation erfolgt. In dem Satze: „ich will Ihre Offerte noch berücksichtigen“ hat Kläger nur die Geneigtheit ausgesprochen, den Vertrag in Zukunft abzuschliessen, wenn ihm die Waare bei der Besichtigung convenire. Von einer Einigung der Parteien kann somit noch keine Rede gewesen sein.

---

49. *Vorbehalt der schriftlichen Vertragsform. Ausschluss der Rechtsvermuthung von Art. 14 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes v. 29. Januar 1889 i. S. Ochsenbein c. Gross.

Nachdem Frau O. in Freiburg mit G. in Zürich durch Vermittlung ihres Sohnes über die Miethe einer Wohnung im Hause des G. unterhandelt hatte und alle wesentlichen Punkte des Miethvertrages beidseitig besprochen worden waren, liess G. an die Frau O. folgende Depesche abgehen: „Nehmen Sie definitiv die von Ihrem Sohne eingesehene R.'sche Wohnung und kann ich Ihnen den Miethvertrag zur Unterzeichnung einsenden?

Drahtantwort Ja oder Nein."

Frau O. telegraphirte hierauf sofort: Ja, schicken Sie mir den Miethvertrag. G. sandte nun allerdings der Klägerin den schriftlichen Vertrag zur Unterzeichnung, jedoch ohne seine Unterschrift. Als derselbe wieder in seinen Händen war, liess er es bei den bisherigen Unterhandlungen bewenden und vermiethete die fragliche Wohnung an einen Dritten. Die Frau O. belangte hierauf den G. auf Schadenersatz. Beide Instanzen schützten die Klage grundsätzlich. Die Appellationskammer führte über die Frage, ob ein Miethvertrag zwischen den Parteien wirklich zu Stande gekommen sei, Folgendes aus: Der Wortlaut der Drahtcorrespondenz lässt keinen begründeten Zweifel darüber zu, dass es sich um einen endgültigen Antrag des Vermiethers und eine endgültige Zusage des Miethers handelte. Die die schriftliche Ausfertigung des Miethvertrages betreffenden Zusätze können nicht dahin aufgefasst werden, dass für den Miethvertrag im Sinne des Art. 14 O. R. die schriftliche Form vereinbart worden sei; bei der unzweideutigen Anfrage, ob die Klägerin definitiv die Wohnung nehme, kann die Erwähnung der schriftlichen Vertragsform nur den Sinn haben, dass zur besseren Sicherung des Beweises auch die Schriftlichkeit gewollt sei, ohne dass jedoch die gegenseitige Verbindlichkeit von der Erfüllung dieser Form abhängig gemacht werde. Diese Art des Miethabschlusses ist hier zu Lande nicht selten. Es kommt sogar häufig vor, dass der Miethvertrag erst schriftlich abgefasst wird, wenn die Miethe angetreten ist. Man kann also auch nicht sagen, dass die schriftliche Form als Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit des Miethvertrages hierorts üblich und daher auch im vorliegenden Falle als gewollt anzunehmen sei.

---

41. *Ungültigkeit eines Vertrages wegen Unsittlichkeit des Vertragsgegenstandes. Art. 17 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes v. 8. Dezember 1888 i. S. Hafner c. Wolfer.

H. als Cessionar des Wz. belangte den W. auf Bezahlung einer für Heirathsvermittlung versprochenen Provision, nachdem W. auf den Vorschlag des Wz. die Frau X. geheirathet hatte.

Aus den Akten ergab sich: 1. dass die Ehe des Beklagten mit der Frau X. der sittlichen Grundlage entbehrt, denn der etwa 33jährige, fallite, vermögens- und kreditlose Beklagte hatte diese nach der Angabe des Klägers 57jährige Person einzig und allein des Geldes wegen geheirathet und zwar durchaus nicht etwa, um seine Gläubiger allmälig befriedigen zu können, denn unmittelbar nach dem Vollzuge der Ehe verzichtete er auf die Nutzniessung des Weibergutes, damit nicht etwa die Gläubiger darauf greifen könnten; 2. dass der Kläger resp. dessen Cedent, als er dem Beklagten die Frau X. in Vorschlag brachte, die unsittliche Grundlage der vermittelten Ehe gekannt hat.

Die Appellationskammer wies die Klage ab.

Motive: Die Vermittlung von Heirathen gegen Geldentschädigung ist zwar an und für sich nichts Unsittliches, im Gegentheil entspricht dieselbe einem unverkennbaren Bedürfnisse des modernen Lebens, was am besten daraus erhellt, dass die Zahl der gewerbsmässigen Ehevermittler und der durch sie vermittelten Ehen in beständigem Wachsthume begriffen ist. Allein ebenso unverkennbar birgt diese Art der Ehevermittlung die Gefahr in sich, dass der Vermittler, welcher dabei in der Regel lediglich sein Geldinteresse verfolgt, sich verleiten lässt, auch solche Heirathen herbeizuführen, welche jeglicher moralischer Grundlage entbehren. Tritt dieser Fall ein, d. h. ist der Mangel der sittlichen Grundlage der Ehe nicht nur objektiv vorhanden, sondern auch dem Vermittler schon beim Beginne seiner Vermittlungsthätigkeit bekannt gewesen, so wird dadurch seine Handlung zu einer unsittlichen und ist daher das Geldversprechen, welches ihm als Gegenleistung dafür gemacht worden ist, gemäss Art. 17 des O. R. rechtlich unverbindlich.

42. *Irrthum. Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts. Schadenersatzpflicht wegen Fahrlässigkeit eines im Irrthum befindlichen Contrahenten. Art. 18, 19, 23 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 5. Februar 1889 i. S. Kaiser c. Eckenstein und Maier.

Am 6. Juni 1888 präsentirte J. Mauderli, Angestellter des Bierbrauers Eckenstein, in dessen Auftrag einen Hundertdollarschein des Staats Missouri zum Auswechseln auf dem Büreau des Auswanderungsagenten Kaiser. In des letztern Abwesenheit zahlte dessen Angestellter dafür 515 Fr. aus. Bei seiner Rückkehr erkannte Kaiser die Note als werthlos und machte polizeiliche Anzeige. Die Untersuchung ergab, dass die Note aus dem Besitz eines Georg als werthloses Papier an F. Reutlinger gelangt war, dieser sie dem F. Maiworm zur Verwerthung übergeben und Maiworm sie am 5. Juni bei dem Wirth D. Maier um Fr. 480 angebracht hatte. Maier gab dann das Papier bei Eckenstein an Zahlung, der es unter Vorbehalt, dass es courant sei, annahm und es bei Kaiser auswechseln liess. Kaiser forderte nun klagweise die bezahlten Fr. 515 von Eckenstein zurück, weil er sich bei Einlösung der Note in wesentlichem Irrthum befunden habe; der Beklagte verkündete dem D. Maier den Streit, der die Führung des Processes übernahm und Abweisung der Klage beantragte, weil der Schein eine Forderung des Inhabers gegen den Staat Missouri beurkunde, welche durch Uebergabe des Papiers gegen Zahlung von 515 Fr. an Kaiser abgetreten worden sei; nach Art. 192 O. R. hafte der Abtretende zwar für den Bestand, nicht aber für die Einbringlichkeit der Forderung; der Schein sei unzweifelhaft echt und es fehle der Nachweis, dass die Forderung gegen den Staat Missouri nicht könne geltend gemacht werden. Eventuell wurde Verschulden des Klägers vorgeschützt, indem er die Werthlosigkeit der Note hätte kennen und durch Verweigerung der Auswechslung die Beklagten davor hätte bewahren sollen, dass sie ihrerseits an ihre Vormänner die Zahlung leisteten. — Das Civilgericht erkannte die Klage als begründet an.

Motive: Die Prüfung des Hundertdollarscheines ergiebt, dass derselbe nicht vollständig ist. Es fehlt die Ausfüllung der Nummer und das Accept des fund commissioner; ferner ist das Datum 1869 entweder gefälscht oder durch Privathand unrichtig ausgefüllt, denn 1869, 4½ Jahre nach Beendigung des amerikanischen Secessionskriegs, hatte der Staat keine solche Vertheidigungs-(Defence-)Bonds mehr auszu-

stellen, wie die fragliche Note einer ist. Offenbar handelt es sich demnach um eine nie zur Ausgabe gelangte Note, welche durch Zufall oder Verbrechen ins Publicum gelangt ist und seither als Curiosität circuliert, wie auch die aufgedruckten Geschäftsannoncen beweisen. Es ist aber ausser Zweifel, dass beide Parteien bei Auswechslung der Note dieselbe in gutem Glauben für eine gültige amerikanische Note hielten. Das Geschäft wurde also nur abgeschlossen, weil man sich beidseitig im Irrthum über die Natur des Papiers befand. Dieser Irrthum war ein wesentlicher. Im Handel mit Werthpapieren wird der einzelne Titel als Waare betrachtet, die verkauft und gekauft wird. Bekl. hat nicht eine Forderung abgetreten, sondern er hat ein Papier, welches dem Inhaber eine Forderung gegen den Staat Missouri gewähren sollte, verkauft. Ein solches Papier gehört aber zu einer ganz andern Gattung von Gütern, als ein Papier, welches nur dem Scherz oder dergl. dient. Das Rechtsgeschäft, welches Kläger mit dem Bekl. schloss, war also nach Art. 18 u. 19 Abs. 3 O. R. ein für beide Theile wegen wesentlichen Irrthums unverbindliches, und Kläger ist somit zur Rückforderung des bezahlten Kaufpreises berechtigt. — Fraglich ist nur, ob er nicht etwa nach Art. 23 O. R. auf Schadenersatz hafte, weil auf seiner Seite schuldhafte Fahrlässigkeit vorliege. Allein der Bekl. E. ist nicht geschädigt, da er die Note von Maier nur zu dem Werthe angenommen hat, den er selbst dafür erhalten werde, und Maier ihm daher ersetzen muss und zu ersetzen bereit ist, was er an Kläger zu restituiren hat. Gegenüber Maier aber besteht kein Causalzusammenhang zwischen der Fahrlässigkeit des Klägers und dem entstandenen Schaden, da Maier die Note von Maiworm einwechselte und den Gegenwerth an ihn bezahlte, ehe dieselbe beim Kläger umgewechselt war. Die am 5. Juni an Maiworm erfolgte (und von diesem allerdings wegen Insolvenz nicht mehr einbringliche) Zahlung ist somit nicht eine Folge der Fahrlässigkeit des Klägers, sondern der eigenen Unvorsichtigkeit des Streitberufenen. Ueberdiess hat laut Untersuchungsakten Maier noch am gleichen Nachmittag, als die Auswechslung bei Kaiser erfolgte, in Folge der Anzeige des Klägers durch die Polizei von der Werthlosigkeit der Note Kenntniss erhalten, sodass auch die Einrede angeblicher Unterlassung rechtzeitiger Anzeige dahinfällt.

---

43. *Verzug in Annahme der Waare. Wiefern ist Fristansetzung nöthig? Verhältniss von Art. 95, 106 u. 122 O. R.*

Baselstadt. Urtheile des Civilgerichts v. 23. October und des Appellationsgerichts v. 6. November 1888 i. S. Stöckli c. Grossmann.

L. Stöckli, Senn in Truttikon, verkaufte Ende 1887 an Grossmann in Basel seine Molken $^{2}/_{3}$ fette Winterkäse zu Fr. 126 per 100 Kilo, in bestimmten Terminen lieferbar. Die zwei ersten Lieferungen wurden anstandslos angenommen und bezahlt. Bei der dritten (Aprillieferung) ergaben sich Anstände, indem der Käufer, der sie am 2. Mai 1888 in Truttikon besichtigt hatte, Tags darauf von Zürich aus an den Verkäufer schrieb, er habe genug an seinen lumpigen, halbgemachten, geblähten Käsen, bittere Hundswaare; Kläger möge sie verkaufen an wen er wolle. Stöckli war aus verschiedenen Gründen genöthigt, mit seiner Waare rasch aufzuräumen, und verkaufte daher den Rest seines Vorraths zu 110 Fr. per 100 Kilo anderweitig, nachdem er durch einen Käsehändler in Schaffhausen die Beschaffenheit desselben hatte expertisieren lassen und dem Beklagten angezeigt hatte, dass er ihn für den Mindererlös haftbar mache. Selbstverständlich unterblieb dann auch die letzte im Vertrage vorgesehene Lieferung vom Monat Juni 1888, und Stöckli klagte die Differenz des Kaufpreises mit Fr. 783. 35 gegen Grossmann ein. Beide Instanzen wiesen den Kläger ab, aber unter verschiedener Motivierung.

Das Civilgericht äusserte sich folgendermassen: Es fragt sich in erster Linie, ob der Beklagte durch seine Annahmeverweigerung v. 3. Mai 1888 in Verzug gerathen ist. Nach Art. 106 O. R. kommt ein Gläubiger in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung ungerechtfertigter Weise verweigert hat. Ob Kläger die Leistung gehörig angeboten, ist unter den Parteien streitig. Diese Streitfrage ist für die April- und die Junilieferung verschieden zu beantworten. Für die Junilieferung hat Kläger überhaupt nicht Leistung anerboten, sondern die Waare ohne Weiteres vor dem Lieferungstermin verkauft, ohne dem Bekl. Gelegenheit zu bieten, sich über Annahme oder Weigerung auszusprechen. Infolge dieses rechtswidrigen Vorgehens ist Kläger schon gemäss Art. 95 O. R. abzuweisen, weil er den Bekl. gar nicht in Verzug gesetzt hat. Die Lieferung vom April dagegen ist allerdings dem Beklagten angeboten worden, aber .... auch wenn der Bekl. ordnungsgemäss in Verzug gesetzt worden wäre, so hätte dies den Kläger noch nicht zum sofortigen Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Art. 122 O. R.

schreibt vielmehr vor, dass bei zweiseitigen Verträgen dem in Verzug befindlichen Theil in der Regel zuvor eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen ist. Diess ist im vorliegenden Falle nicht geschehen und somit war der einseitige Rücktritt des Klägers auch bezüglich der Aprillieferung nicht gerechtfertigt.

Das Appellationsgericht dagegen motivierte: Wenn das civilgerichtliche Urtheil davon ausgeht, Kläger habe insofern rechtswidrig gehandelt, als er die vierte oder Junilieferung weiter verkauft habe, ohne dem Beklagten Gelegenheit zu geben, sich über deren Annahme oder Annahmeverweigerung auszusprechen, und als er ferner bezüglich der dritten oder Aprillieferung es unterlassen habe, dem Beklagten nach Vorschrift des Art. 122 O. R. noch eine angemessene Frist zur nachträglichen Annahme der fraglichen Lieferung anzusetzen, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden .... In der von Zürich aus an den Kläger gesandten Postkarte vom 3. Mai 1888 muss eine ausdrückliche Weigerung weiteren Käsebezuges und eine gänzliche und definitive Rücktrittserklärung vom Vertrage erblickt werden. Diese Karte war überdiess in so beleidigendem Tone gehalten und in einer für den Kläger so compromittierenden Weise abgesandt worden, dass dem Letztern keine weiteren Unterhandlungen mehr zuzumuthen waren.

Dagegen war es allerdings Sache des Klägers, wenn er den Beklagten wegen Vertragsverletzung auf Schadensersatz belangen wollte, den Beweis zu erbringen, dass er seinerseits bereit gewesen, vertragsgemäss an den Beklagten zu liefern, und dass er durch dessen ungerechtfertigten Rücktritt auch wirklich in Schaden gekommen sei. Diesen Beweis hat Kläger nach Lage der Akten nicht erbracht. (Es wird ausgeführt, dass das producierte Gutachten weder formell noch inhaltlich einen Beweis liefere, Kläger also aus diesem Grunde abgewiesen.)

---

44. *Vente. Réserve de la propriété jusqu'à paiement intégral du prix.*[1])

Vaud. Arrêt de la Cour civile du 28 déc. 1888 d. l. c. Serex c. masse Dumas.

Par convention notariée du 17 juin 1884, Ch. Serex s'est engagé à remettre son commerce de papeterie et reliure à

---

[1]) Vgl. Revue VI Nr. 15. 66 a. E. u. 83.

A. Dumas, qui s'est, de son côté, engagé à reprendre le dit commerce le 25 septembre 1884. Selon cet acte, l'inventaire des marchandises sera fait en commun, Dumas paiera, le jour de sa prise de possession du commerce, la somme de 7000 fr., le solde du prix sera payé par annuités de 1500 fr. Par acte du 23 oct. 1884 Dumas a reconnu devoir à Serex la somme de 19605 fr. pour solde du prix non payé comptant des marchandises, mobilier, outils et machines que S. a vendus et promis de vendre à D. D. a promis de payer cette somme par annuités consécutives de 1500 fr. Le dit acte indique que le capital de l'obligation de 19605 fr. comprend 6491 fr. prix du mobilier, machines et outils, et que ces objets sont mis en la possession de D., qui en jouira à titre de locataire à ses risques et périls, à charge de payer annuellement 3 % de leur prix et de les représenter en bon état ou d'en représenter la valeur, mais avec la réserve expresse, qu'il n'en deviendra propriétaire que lorsqu'il aura payé intégralement la présente créance. — Au début de 1888, D. a fait faillite, et S. a réclamé la reprise en nature des objets se trouvant en mains du discutant désignés dans l'acte du 23 oct. 1884. Le liquidateur de la masse a rejeté cette réclamation, estimant que la masse est propriétaire du matériel et outils. La Cour civile a admis l'intervention de S. dans la masse et a condamné la faillite D. à restituer à S. en nature le mobilier, machines et outils.

Motifs: Qu'il y a lieu de discuter ici la valeur de l'obligation du 23 octobre en regard de la convention du 17 juin 1884, la masse D. estimant que la dite obligation est un contrat simulé, contraire à la réelle intention des parties et ne pouvant modifier la convention du 17 juin, par laquelle D. ne s'est réservé la propriété d'aucun objet mobilier.

Considérant à ce sujet que, par la convention du 17 juin, S. s'est simplement engagé à remettre son commerce à D., ... que cet acte ne stipulait que les conditions préliminaires de la remise du commerce, conditions que les parties étaient libres de modifier ou de compléter à leur gré.

Que S. pouvait, lors de la fixation du prix définitif de la vente, mettre la réserve de propriété du mobilier jusqu'au paiement de son titre.

Considérant que la vente d'une chose mobilière sous réserve de propriété jusqu'au paiement intégral du prix est incontestablement licite, aucune disposition du C. O. ne prohibant une convention de cette nature.

Qu'un tel arrangement implique une garantie en faveur du vendeur et que cette garantie n'est pas contraire à la loi.

Qu'en outre, la défenderesse n'a pas établi qu'à l'époque du contrat D. eût des engagements, et qu'en admettant la clause de réserve de propriété, il portât préjudice à ses créanciers.

---

45. *Bürgschaft. Gültigkeit des Vertrags trotz mangelnder Bezeichnung des Gläubigers in der Bürgschaftsurkunde. Art. 491 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 16. Febr. 1889 i. S. Rothschild c. Schmid und Keller.

Am 5. August 1887 wurde von S. und K. dem Metzger G. ein mit ihrer Unterschrift versehener Bürgschein eingehändigt mit folgendem Wortlaute:

„Die Unterzeichneten verpflichten sich hiemit solidarisch als Bürgen und Selbstzahler für das jeweilige Guthaben ..... auf Herrn G. Metzger in W. bis auf den Betrag von 3000 Fr. einzustehen bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld."

Im September kaufte G. von R. einen Ochsen für den Preis von Fr. 375 auf Credit, wogegen er dem R. den obigen Bürgschein überliess. In dem bald darauf eintretenden Concourse des G. kam R. mit dieser Forderung gänzlich zu Verlust und belangte nun den S. und K. als Bürgen auf Bezahlung der Fr. 375. Diese machten Ungültigkeit des Bürgscheins Mangels schriftlicher Bezeichnung des Gläubigers und somit überhaupt Mangels genügender schriftlicher Form geltend.

Die Appellationskammer verwarf diesen Standpunkt der Beklagten, schon entsprechend der früheren zürcherischen Praxis (Ullmer, Commentar Nr. 2310), wovon abzuweichen kein Grund bestehe, da das O. R. keine vom priv. Ges.-B. abweichenden Grundsätze bezüglich der Form des Bürgschaftsvertrags aufstelle, daher auch Schneider (Commentar, Ziff. 4 zu Art. 491) die Bezeichnung des Gläubigers nicht als wesentlichen Theil der schriftlichen Form betrachte. Weiter sagt das Urtheil: „es kommt denn auch gar nicht selten vor, dass Jemand für einen andern, dem er zu einem gewissen Credit verhelfen möchte, eine Bürgschaft für eine erst noch zu contrahierende Schuld zu Gunsten eines noch unbekannten Gläubigers eingeht. Der vorliegenden Bürgschaftsverpflichtung liegt nun gerade die Absicht der Bürgen zu Grunde, dem G. Credit zu verschaffen, die Persönlichkeit des Gläubigers musste ihnen also völlig gleichgültig sein, und wäre auch die Be-

hauptung richtig, dass bei Ausstellung des Bürgscheines von den damaligen Parteien eine bestimmte Person als Gläubiger ins Auge gefasst worden sei, so käme hierauf nichts an. Ein allfälliger Irrthum der Bürgen über die Person des Gläubigers wäre ein unwesentlicher im Sinne des Art. 20 O. R."

---

46. *Bürgschaft. Subsidiäre Haftpflicht. Belangung bei Insufficienz des Pfandes. Art. 493 f. O. R.*

Baselland. Urtheil des Obergerichts v. 8. Juni 1888 i. S. Cantonalbank c. Heinzelmann.

Im Jahre 1887 kamen die Eheleute Schmutz-Schneider in Concurs. Auf ihrem Gute „Kilchzimmer" haftete eine zweite Hypothek für Fr. 75,000 zu Gunsten der basellandschaftlichen Cantonalbank, woran nun Fr. 28,430 verloren giengen. Die Gläubigerin belangte hiefür die Bürgen, welche bei Errichtung der Hypothek sich solidarisch verbürgt hatten. Einer derselben bestritt die Forderung, bis die Hauptschuldnerin, die gegenwärtig in Zofingen wohnhafte Frau Schmutz-Schneider, ausgetrieben sei. Dem gegenüber behauptet die Klägerin, wenn auch die Ehefrau nach basellandschaftl. Rechtspraxis nicht gleichzeitig mit dem Ehemann ausgekündet worden sei, so sei sie doch mit ihm gleichzeitig in Concurs gerathen; eine neue Betreibung gegen die Frau Schmutz habe daher durchaus keinen Werth. Zudem sei es bei einer pfandversicherten Schuld gemäss Art. 494 O. R. nicht einmal nothwendig, dass der Hauptschuldner ausgerechtigt werde, wenn der Werth der Pfänder nicht ausreiche (vergl. Anm. 4 in Hafners Commentar zum O. R.).

Das Obergericht hat das verurtheilende erstinstanzliche Urtheil bestätigt.

Motive: Die Fassung des Art. 494 spricht nicht für die von Hafner ausgesprochene Ansicht. Wird aber erst diese Gesetzesbestimmung mit dem Art. 493, dessen Modification sie nur bildet, zusammen gehalten, so ist durchaus nicht einzusehen, warum der Bürge bei einer versicherten Forderung ungünstiger gestellt sein soll als bei einer unversicherten Forderung, m. a. W. warum der Gläubiger nicht gehalten sein soll, sich immer in erster Linie an den Hauptschuldner zu halten, bevor er den Bürgen belangen darf — so lange jener in der Schweiz gesucht werden kann.

Im vorliegenden Falle fällt aber die Berufung auf den Art. 494 schon deshalb ausser Betracht, weil nach basellandschaftlichem Rechte der über einen Ehemann eröffnete Con-

curs die amtliche Liquidation über das ganze Vermögen, also auch über das Vermögen der Ehefrau nach sich zieht, welche mit demselben in ehelicher Gütergemeinschaft gelebt hat. Nachdem aber durch die amtliche Collocation constatiert ist, dass an den Eheleuten Schmutz für die Klägerin mehr als 28,000 Fr. verloren gegangen sind, ist es nicht nothwendig, dass gegen die Ehefrau noch eine besondere Betreibung angehoben werde, damit nachher gegen die Bürgen rechtsgiltig vorgegangen werden könne; es sind daher die Voraussetzungen des Art. 493 O. R. gegenüber dem Beklagten vorhanden.

---

47. *Billet de change. Prétendue dette de jeu. Tiers porteur de bonne foi. Art. 512 et 513 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 20 déc. 1888 d. l. c. Ramel et Demole c. Borsier.

Les demandeurs requièrent le paiement de fr. 2004.60, valeur, avec frais, d'un billet de change souscrit par Borsier, tandis que celui-ci excipant de jeu, conclut à leur déboutement, avec dépens.

Attendu que le billet en question est souscrit *valeur en compte*, que, lors du protêt, Borsier a répondu à l'huissier que ce billet avait été signé par complaisance pour le sieur X., son bénéficiaire;

Attendu qu'aujourd'hui, assigné en paiement de son montant, il prétend que ce titre a pour origine une dette de jeu, ce qui est assez contradictoire avec sa première réponse;

Attendu que si, aux termes des art. 512 et 513 C. O., le jeu ne donne ouverture à aucune action en justice et si une obligation de change, souscrite à titre de couverture pour de telles opérations, ne peut être poursuivie en justice, la loi, dans l'intérêt bien entendu du commerce et de la circulation fiduciaire, ajoute: „Toutefois le présent article ne déroge pas aux règles spéciales en matière de lettres de change."

Attendu qu'une de ces règles incontestées est que le tiers porteur de bonne foi n'a point à s'immiscer dans les tractations qui ont donné naissance à un billet qu'il a en mains, et que s'il est régulier à la forme, il a le droit d'en requérir le paiement contre le souscripteur;

Attendu qu'il s'agit donc, en l'espèce, de savoir si Ramel et Demole étaient de bonne foi, lorsqu'ils ont accepté en paiement le billet dont s'agit;

Attendu, à cet égard, que si, de la correspondance produite, il résulte qu'ils n'ignoraient pas que Borsier faisait des

opérations de jeu à la Bourse avec le sieur X, il n'était pas établi pour eux que le billet dont s'agit avait précisément pour cause de telles opérations; qu'un joueur peut très bien faire avec le même banquier chez lequel il spécule, des opérations sérieuses absolument licites et donnant lieu à la création de titres de change;

Attendu que, ce point admis, si l'on considère la réponse faite au protêt, il est facile de voir que Borsier étant en relation d'affaires avec X., et celui-ci se trouvant gêné, il a cru lui rendre service en lui signant complaisamment le billet produit; qu'un billet de complaisance est incontestablement valable vis-à-vis des tiers porteurs; que sa mention „valeur en compte" ou d'autres faits n'ont pu avertir de cette origine, et qu'ainsi, quelque regrettable que soit pour lui la position où il s'est mis, le défendeur doit faire honneur à sa signature;

Attendu que vis-à-vis de tiers porteurs, l'exception de jeu ne doit être admise que lorsque la preuve du jeu est manifeste; que dans le doute, il est, surtout en matière de change, de l'intérêt général de considérer la valeur souscrite comme licite;

Attendu, dès lors, qu'il y a lieu d'adjuger aux demandeurs leurs conclusions, avec dépens . . . .

---

48. *Société en nom collectif. Jugement de faillite après dissolution. Art. 551 et 573 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 17 Déc. 1888 d. l. c. Mivelaz c. Comptoir d'Escompte et Cons.

Rey et Mivelaz ont formé en 1885 une société en nom collectif, sous la raison sociale Rey et Mivelaz, au capital de 36,000 francs. Cette société a été dissoute d'un commun accord à dater du 20 novembre 1886, Rey restant chargé de l'actif et du passif de la maison, qu'il devait continuer seul sous la raison J.-M. Rey. Une déclaration dans ce sens a été faite au bureau du registre du commerce et publiée dans la Feuille off. du comm. Le 15 février 1887, J.-M. Rey fut déclaré en état de faillite. Le 2 mars suivant, le Comptoir d'escompte de Genève exposait par requête au Tribunal de commerce, que le bilan déposé par R. n'était autre que celui de la société R. et M.; que les engagements pris l'avaient été au nom de cette société, et que celle-ci n'avait point été libérée par ses créanciers; il demandait en consé-

quence la mise en état de faillite de la société R. et M. Cette faillite fut déclarée le 3 mars 1887. Le 8 mars, M. fit opposition au jugement déclaratif de la faillite et en demanda la rétractation, par le motif que la société R. et M. avait été liquidée, qu'il n'existait donc plus de société R. et M. en liquidation, susceptible d'être déclarée en état de faillite. Sur le vu d'une déclaration de M., qu'il consentait à ce que les répartitions lui revenant dans la faillite R. soient d'abord attribuées au paiement des créanciers de l'ancienne société R. et M., et sous réserve de ses droits contre chacun des associés, le Comptoir d'Escompte consentit à la rétractation de la faillite. Mais le syndic de la faillite R. et M. s'y opposa, par le motif qu'il n'était pas garanti du paiement de 850 francs à lui dûs pour son administration de la faillite R. et M. Le tribunal de commerce a décidé que la faillite prononcée l'avait été régulièrement, et imparti un délai à M. pour effectuer le paiement de ces frais. La Cour de Justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 551 C. O., la dissolution de la société ne modifie en aucune façon les engagements contractés envers les tiers;

Que le fait que les associés de la maison R. et M. se sont mis d'accord pour prononcer la dissolution de cette société, ne saurait modifier la situation des créanciers de celle-ci et avoir pour conséquence de les priver des moyens de contrainte que leur donne la loi sur les faillites;

Considérant d'autre part qu'aux termes de l'art. 573 C. O., la faillite de la société en nom collectif peut être déclarée même après la dissolution, tant que le partage n'est pas terminé; que la société R. et M. n'a point été régulièrement liquidée, conformément aux prescriptions des art. 580 ss. C. O.; qu'il n'a pas été nommé de liquidateur chargé de réaliser l'actif de la société et d'établir le compte des associés entre eux; que le partage auquel il a été procédé, lors de la dissolution de la société, et d'après lequel un seul des associés prenait à sa charge tout l'actif et tout le passif de la société, n'est donc pas opposable aux tiers créanciers de la société dissoute; qu'en décider autrement, serait permettre à une société de modifier unilatéralement les conditions de ses engagements, et de se substituer un tiers dans les obligations contractées par elle.

---

49. *Billet de change prescrit. Action contre le souscripteur à raison d'enrichissement et contre l'avaliseur. Art. 813, 827 et 808 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de Commerce du 13 déc. 1888, d. l. c. Crot c. Chaulmontet et Novel.

Crot réclamait le paiement de 138 fr. 10 c. pour capital à un billet de change souscrit à Genève, le 23 avril 1884, par Chaulmontet à l'ordre de Crot et avalisé par Novel. Chaulmontet s'étant mis au bénéfice de l'art. 829 C. O. à raison de prescription du billet, Crot a basé son action tant contre Ch. que contre N. sur l'enrichissement illégitime et, par conséquent, sur les art. 813 et 827 § 12 C. O.

Le tribunal a admis la demande quant à Chaulmontet, et l'a rejetée quant à Novel.

Motifs: Quant à Chaulmontet. Attendu qu'il a souscrit le billet dont s'agit; que, dans ce billet, il s'engageait à payer 138 fr. 10 c. à Crot; qu'il reconnaissait les devoir pour prix de marchandises; qu'il est établi, en effet, qu'elles lui ont été fournies pour cette valeur et qu'elles n'ont pas été payées; qu'ainsi la créance de Crot contre lui est justifiée et qu'il doit obtenir jugement pour le montant de la somme dûe.

Quant à Novel: Attendu que l'article 808 C. O. spécifie que toute personne qui a joint sa signature comme donneur d'aval, est tenue pour tout ce qui est dû au porteur à raison de l'inexécution de l'engagement de change;

Attendu que, puisque le billet en question est prescrit, l'engagement de change ne subsiste plus et, comme conséquence, l'aval qui le concernait doit disparaître;

Attendu que cela est tellement vrai, qu'il a toujours été admis que le cautionnement pouvait être limité quant à sa valeur et à sa durée; qu'en avalisant un billet de change, N. a forcément donné à son cautionnement la limite extrême prévue par la loi pour pouvoir faire état du billet dont s'agit; qu'il n'avait pas besoin de le dire expressément, puisque ce délai résulte de la loi, et qu'il ne peut dépendre du demandeur d'étendre l'engagement du défendeur au delà de celui qu'il a voulu prendre.

Attendu que le législateur a si bien entendu que l'avaliseur d'un billet doit être libéré par la prescription de celui-ci, que, tandis qu'il déclare à l'article 813 que l'accepteur et le tireur, pour la lettre de change, à l'art. 827 § 12 que le souscripteur et le premier endosseur, pour le billet, même après avoir été libérés par la prescription, restent

obligés par les voies ordinaires envers le porteur, à concurrence du bénéfice qu'ils auraient fait à ses dépens, il ne dit nulle part que cette obligation est applicable au donneur d'aval;

Attendu que le bon sens explique ce silence de la loi; qu'en effet la caution ne fait aucun bénéfice aux dépens du porteur du billet, et qu'ainsi la réclamation adressée à N. étant basée précisément sur un bénéfice, doit être considérée comme peu sérieuse;

Attendu, en résumé, que, de même que l'aval soumet à la solidarité celui qui le donne, sans qu'il soit même nécessaire de le dire; de même qu'il prive implicitement l'avaliseur du bénéfice de discussion du débiteur principal, cela en vertu de la seule loi, de même aussi il doit apporter à celui qui l'a fait, les bénéfices attachés à la nature spéciale de cet engagement, tels que celui de pouvoir profiter de la prescription acquise.

---

50. *Registre du commerce. Conséquence de l'inscription pour les non-commerçants. Art. 865 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 29 janvier 1889 d. l. c. Zimmermann c. Mandrin.

Z. a demandé la prononciation de la mise en faillite de M., qui était agent d'affaires. Mais le Président du Tribunal d'Aigle a écarté les conclusions de la demande et fondé son jugement sur les motifs suivants: l'exercice de la profession d'agent d'affaires n'implique pas nécessairement que M. fût commerçant. Les quelques achats et reventes de titres qu'il a faits ne sont pas suffisants pour le faire considérer comme commerçant et son inscription au registre du commerce n'a pas pu, à elle seule, lui donner cette qualité, toute personne capable de s'obliger ayant le droit de se faire inscrire à ce registre. Le Tribunal cantonal a admis le recours interjeté contre ce jugement et prononcé la faillite de M., attendu que si toute personne capable de s'obliger par contrat peut se faire inscrire au registre du commerce, cette inscription a pour conséquence nécessaire de conférer à la personne que cela concerne la qualité de commerçant et, par conséquent, de la soumettre aux dispositions des lois spéciales à cette catégorie de citoyens.

---

51. *Transport par chemin de fer. Avarie. Responsabilité. Règlement de transport des Ch. d. f. Suisses du 9 juin 1876, § 124.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 6 déc. 1888 d. l. c. Chabot c. Cie S.-O. et S.

En août 1887, 56 barils de pétrole ont été expédiés d'Anvers à Genève ; à leur arrivée, il fut constaté un manquant de 65 kilos. Le destinataire a réclamé la somme de 19 fr. 50 cts. pour avarie, mais le tribunal l'a débouté de ses conclusions.

Motifs : Attendu que d'une expertise amiable il résulte que le coulage constaté est la conséquence pour l'un des fûts d'un relâchement des cercles, et pour l'autre, du manque du cercle de tête ;

Attendu qu'aucune réserve n'ayant été faite à ce sujet lors de l'expédition, il y a lieu d'admettre que cette détérioration s'est produite en cours de transport ; que celui-ci se faisant pendant les grosses chaleurs, il est très probable que c'est à ce fait qu'est dû le dégât constaté ; que cette défectuosité d'emballage n'existant pas au départ, il n'était pas possible au chemin de fer de la constater, et qu'il n'est pas davantage admissible de l'en rendre responsable, puisqu'elle ne résulte pas d'une faute matériellement établie de sa part ;

Attendu qu'aux termes du Règlement de transport, la responsabilité du Chemin de fer pour avaries et pertes est soumise, d'après l'article 124, à certaines restrictions ; que notamment pour les marchandises sujettes à la putréfaction, à la fermentation, au gel, à la rouille, etc., la présomption est que l'avarie qui pourrait être la suite inévitable de la nature de ces objets ou des conditions atmosphériques, a eu réellement cette cause et que, comme conséquence, il n'est dû aucune indemnité.

---

52. *Haftpflicht der Strassenbahnen. Bundesgesetz betr. Haftpflicht der Eisenbahnen v. 1. Juli 1875, Art. 2.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts v. 31. Januar 1889 i. S. Kollbrunner c. Strassenbahngesellschaft Frauenfeld-Wyl.

U. Kollbrunner begegnete am 18. Juli 1888 in Münchweilen auf seinem mit einem Pferde bespannten Fuhrwerk dem Zuge der Strassenbahn Frauenfeld-Wyl; er stieg ab, hielt das Pferd, beim Herannahen des Zuges scheute dasselbe, er konnte das Pferd nicht mehr halten, es riss aus,

warf ihn zu Boden, der Vorwagen hob sich aus und fuhr über ihn hinweg, so dass er verschiedene Verletzungen erlitt. Er verlangt nun von der Strassenbahngesellschaft Ersatz des erwachsenen Schadens und Fr. 50 Schmerzengeld, zusammen Fr. 221. 60 Cts., gestützt auf Art. 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1875 betreffend die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaften. Der Unfall sei durch den Bahnbetrieb verursacht worden, es liege weder höhere Gewalt noch eigenes Verschulden des Klägers vor, eventuell werde der Beweis geleistet für das Verschulden des Bahnpersonals, indem nicht rechtzeitig langsam gefahren und gehalten worden sei. Die Beklagte bestritt, dass der Bahnbetrieb am Unfall Schuld sei; vielmehr seien fehlerhafte Eigenschaften des Pferdes und Ungeschicklichkeit des Klägers Ursache; das Bahnpersonal habe die nöthigen Vorsichtsmassregeln getroffen. Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht mit folgender Motivierung:

„Allerdings gilt das Eisenbahnhaftpflichtgesetz auch für Strassenbahnen, allein dieses Gesetz kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil es sich in dem hier in Frage kommenden § 2 nur auf solche Unfälle bezieht, welche sich beim Betrieb der Bahn ereignen, und also ein gewisses körperliches Zusammentreffen zwischen der Bahn, resp. dem Bahnkörper und dem den Unfall erleidenden Gegenstand voraussetzt. So wenig im Allgemeinen eine Normalbahn belangt werden könnte, wenn durch das Vorbeifahren eines Zuges ein Pferd scheut und dadurch ein Unfall eintritt, so wenig ist eine Strassenbahn im Allgemeinen dafür haftbar, wenn durch den Zug der Strassenbahn ein Pferd scheu wird und ein Unglücksfall sich ereignet.“ (Des Weitern wird ausgeführt, dass das Bahnpersonal alle Vorsichtsmassregeln, wozu es der Vertrag mit dem Canton Thurgau verpflichte, betreffend Ermässigung der Fahrgeschwindigkeit und Anhalten des Zuges erfüllt habe und dass das Pferd besonders scheu gewesen sein müsse, daher Kläger seinerseits bessere Vorsicht hätte walten lassen sollen.)

---

53. *Haftpflicht aus Baugewerbebetrieb. Causalzusammenhang zwischen Schaden und Unfall bei der Arbeit. B.-Ges. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht v. 26. April 1887.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 7. Dec. 1888 i. S. Flury c Stamm.

Dem Steinhauer Flury wurde bei dem Behauen von Steinen das linke Auge von einem Splitter getroffen; er

stellte zwar die Arbeit ein, legte aber der Sache weiter keine Wichtigkeit bei und glaubte, dass bei einiger Schonung das Auge bald wieder in Ordnung sein werde. Im Laufe der nächsten Tage verschlimmerte sich aber der Zustand des Auges so sehr, dass er 10 Tage nach dem Unfall in die Augenheilanstalt eintrat, wo sofort die hohe Gefährdung des Auges constatiert wurde. In der That erblindete das Auge fast vollständig, was für Flury um so verhängnissvoller wurde, als er schon seit seiner Jugend am rechten Auge völlig erblindet war. Er klagte gegen seinen Arbeitsherrn eine Entschädigung von Fr. 6000 ein. Aus der detailreichen Verhandlung heben wir hier blos einen Punkt hervor, der einzig juristisches Interesse hat. Der Beklagte bestritt seine Haftpflicht, weil der Kläger durch eigne Nachlässigkeit die Erblindung verschuldet habe; hätte er sofort nach dem Unfall ärztliche Hilfe gesucht, so wäre noch Heilung möglich gewesen; diese Vernachlässigung der natürlichsten Sorgfalt sei um so unentschuldbarer, als Flury wegen der Blindheit des rechten Auges um so vorsichtiger hätte verfahren sollen. — Das Civilgericht sprach sich darüber folgendermassen aus:

„Es könnte ein solches eigenes Verschulden, das den Beklagten von seiner Haftpflicht befreien würde, nur dann angenommen werden, wenn positiv dargethan wäre, dass die Erblindung des Auges nicht durch die aus Zufall erfolgte Verletzung durch einen Splitter, sondern durch eine neu hinzutretende selbständige Ursache herbeigeführt worden sei, dass also der Causalzusammenhang zwischen der Verletzung und der Erblindung aufgehoben worden sei. In dieser Beziehung kann aber die allerdings durch das Gutachten des Sachverständigen unterstützte Behauptung des Beklagten, „dass die ernstliche Erkrankung des Auges hauptsächlich „durch die zehntägige Unterlassung ärztlicher Hilfe erfolgt „sei, so dass der Verlust desselben sehr wahrscheinlich „blos hiedurch eingetreten sei," nicht genügen, um diesen Causalzusammenhang als aufgehoben erscheinen zu lassen, da durch diese Möglichkeit resp. Wahrscheinlichkeit die Thatsache, dass der Verlust des Auges in Folge der Verletzung durch einen Splitter eingetreten ist, nicht beseitigt wird."

Die Höhe der Entschädigung berechnet das Gericht auf 4000 Fr., indem es einen Jahresverdienst des Klägers von Fr. 1200 feststellte, bei dem Alter desselben (53 Jahre) noch eine zehnjährige Arbeitsfähigkeit annahm, somit eine Gesammtsumme von Fr. 12000 erhielt, von welcher es aber in

Abzug brachte 1. Fr. 6000 in Betracht, dass ohne die schon vorhanden gewesene Blindheit des rechten Auges die Folgen der Verletzung nicht so tiefgreifend gewesen wären, und somit, da die früher erlittene Verletzung auf die letzte resp. deren Folgen von wesentlichem Einflusse ist, sich gemäss Art. 5 lemma c des Haftpflichtgesetzes eine beträchtliche Reduction der Schadenersatzsumme rechtfertige. 2. Fr. 2000, da die Verletzung als eine durch Zufall entstandene zu betrachten sei und daher nach demselben Art. 5 l. c. noch eine weitere Reduction angemessen scheine. Weiter sagt dann das Urtheil:

„Was nun den in Art 5 lemma b statuierten Reductionsgrund betrifft, so kommt derselbe nur dann in Betracht, wenn dem Geschädigten ein Theil der Schuld an dem Unfall zufällt; in dieser Beziehung ist nun bereits ausgeführt worden, dass den Kläger weder an der Verletzung durch den Splitter ein Verschulden trifft, noch dass er seinerseits nachträglich durch selbständige Handlung den Causalzusammenhang zwischen der Verletzung durch den Splitter und der Erblindung aufgehoben hat. Aus diesem Grunde kann darauf, ob Kläger eine schuldhafte Nachlässigkeit in Behandlung der Verletzung begangen habe, kein entscheidendes Gewicht gelegt werden. Zudem kann von einer schuldhaften Vernachlässigung der Wunde durch den Kläger kaum gesprochen werden; denn wenn Kläger für die äusserlich ganz unbedeutende Wunde nicht von Anfang an ärztlichen Rath in Anspruch nahm, sondern dieselbe zuerst auf die bei solchen Verletzungen übliche Weise selbst behandelte, und erst dann, als die Wunde einen gefährlichen Character annahm um die Aufnahme in der Augenheilanstalt, d. h. um ärztliche Pflege besorgt war, so kann hierin ein schuldhafter Mangel an Einsicht oder Vorsicht nicht erblickt werden, da dem Kläger daraus, dass er als Laie die mögliche Gefährdung der anscheinend sehr geringfügigen Verletzung nicht sofort einsah, und dieselbe selbst behandelte, kein Vorwurf gemacht werden kann (vergl. Urtheil des B. G. v. 4. Juni 1881 i. S. Langrock c. Anglo-Swiss-Condensed Milk Company in Cham. A. S. VII. § 342 ff.)."

Das Appellationsgericht bestätigte dieses Urtheil am 17. Januar 1889.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

54. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organis. der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten. Beschwerde wegen Verletzung ausländischen Rechts bezw. wegen Verletzung der Grundsätze über die örtliche Kollision der Gesetze. Bedeutung des Ausdrucks „Agent, Generalagent".*

S. in Basel stand als Grosshändler seit mehreren Jahren in Geschäftsverbindung mit der Compagnie des fonderies de Terre-Noire etc. in Lyon. Im Oktober 1885 theilte ihm die Gesellschaft mit, dass sie den H. Ch. in Paris mit dem Verkaufe bestimmter Eisensorten beauftragt und demselben seine, S., Bestellung mit dem Auftrage sofortiger Beantwortung übermacht habe. Sie ersuche ihn, S., in Zukunft bezüglich des Verkaufs der betreffenden Eisensorten lediglich mit Ch. zu correspondiren. Seitdem schloss S. seine sämmtlichen Geschäfte über jene Eisensorten mit Ch. ab. Die Facturen wurden von Ch. ausgestellt und trugen die Aufschrift: „H. Ch., Agence générale pour la vente . . . . de Terre-Noire"; ebenso trugen die Briefe des Ch. die Aufschrift: „Agence générale . . ., H. Ch." Letzterer, welchem die Waaren seinerseits von der Gesellschaft T.-N. fakturirt wurden, nahm auch die Zahlungen des Beklagten in Empfang. Die Lieferung der Waaren an S. geschah von Lyon aus. Später gerieth die Gesellschaft in Konkurs. S. wollte nun eine Forderung, welche ihm an dieselbe zustand, gegenüber der Kaufpreisforderung des Ch. für bezogenes Eisen aufrechnen, unter der Behauptung, Ch. sei nur der Mandatar der Gesellschaft. Ch. bestritt dies und machte gegentheils geltend, er habe die Waare von der Gesellschaft gekauft und dieselbe in eigenem Namen an S. verkauft. In dem bezüglichen Prozesse siegte Ch. ob. Dem b.-gerichtlichen Urtheile entnehmen wir folgendes: Es liegt auf der Hand, dass das Rechtsverhältniss zwischen Ch. und der Gesellschaft Terre-Noire dem Herrschaftsgebiete des französ. Rechts angehört, wo das

Rechtsverhältniss begründet wurde und ins Leben trat. Das B.-Gericht ist daher nicht kompetent, zu prüfen, ob die kantonalen Gerichte das Rechtsverhältniss zwischen Ch. und der Gesellschaft Terre-Noire, insbesondere die Frage, inwiefern zufolge dieses Rechtsverhältnisses allfällig in der Person des Ch. begründete Rechte aus dem Kaufe auf die Gesellschaft Terre-Noire übergegangen seien, nach Massgabe des französ. Rechtes richtig beurtheilt haben.[1]) Vom B.-Gericht ist lediglich zu prüfen, ob Ch. in eigenem Namen (als Selbstverkäufer oder Kommissionär) und nicht in fremdem Namen (als Direktor, Stellvertreter, Bevollmächtigter der Gesellschaft T.-N.) gehandelt habe. Diese Frage ist in ersterm Sinne zu beantworten. Der Ausdruck „Agent" entspricht nicht einem bestimmten Rechtsbegriff, sondern wird im weitesten Umfange auf alle Personen angewendet, die in was immer für einer rechtlichen Stellung geschäftliche Angelegenheiten für Andere betreiben. Aus dem blossen Umstande also, dass Ch. sich als Agent bezeichnete und auch von der Gesellschaft als solcher bezeichnet wurde, ergibt sich nicht, dass derselbe lediglich Bevollmächtigter der Gesellschaft gewesen und als solcher, im Namen der Gesellschaft und mit rechtlicher Wirkung für dieselbe gehandelt habe, dass die mit ihm als Agenten abgeschlossenen Geschäfte in That und Wahrheit mit der Gesellschaft seien abgeschlossen worden. Mit der Bezeichnung des Klägers als Agent ist vielmehr durchaus vereinbar, dass derselbe den Vertrieb von Erzeugnissen der Gesellschaft T.-N. auf eigenen Namen, sei es als Eigenhändler, sei es als Kommissionär, besorgte. Nun wurden die zwischen dem Beklagten und dem Kläger abgeschlossenen Käufe durchaus auf den Namen des Klägers abgeschlossen; er erklärte, er nehme die Offerten des Beklagten an, er verkaufe u. s. w. Die Fakturen wurden vom Kläger ausgestellt und er nahm auch die Zahlungen in Empfang. Dass in der Correspondenz vom Kläger bezüglich der Feststellung der Zahlungsmodalitäten u. s. w. auf die Entschliessung der Gesellschaft abgestellt wird, ändert hieran nichts; auch für den durchaus selbständigen Eigenhändler werden in dieser Beziehung die ihm von seinem Lieferanten gestellten Bedingungen von wesentlicher

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. III S. 182 Nr. 140. Die kantonalen Gerichte hatten angenommen, dass Ch., auch wenn er als Kommissionär gehandelt, persönlich Gläubiger der gegen S. eingeklagten Forderung geworden sei und seine Rechte gegen S. aus dem Verkaufe der betr. Eisensorten nicht auf die Gesellschaft Terre-Noire übergegangen seien.

Bedeutung sein. Die Stellung des Klägers dürfte indess wohl als die eines Kommissionärs zu bezeichnen sein. Denn es ergibt sich aus den Akten, dass ihm für seine Verkäufe die Minimalpreise vorgeschrieben waren und er darauf eine Kommissionsgebühr bezog; freilich auch, dass er für den Preis des durch ihn verkauften und gelieferten Eisens debitirt und ihm dafür Zahlungsfristen von der Gesellschaft gesetzt wurden, so dass wohl anzunehmen ist, er hafte der Gesellschaft. Ist demnach Ch. selbst Gläubiger, so ist die vom Beklagten aufgeworfene Kompensationseinrede, mangels Identität des Gläubigers der Hauptforderung mit dem Schuldner der Gegenforderung, unbegründet. (Entsch. v. 26. April 1889 i. S. Champin c. Sommer.)

---

55. *Anfechtung von Rechtsgeschäften des Ehemannes zu Gunsten der Ehefrau, behufs Sicherstellung ihres Weibergutes, im Konkurse des Erstern wegen Benachtheiligung der übrigen Gläubiger. Kompetenz der kantonalen Gesetzgebung.*

St. schloss im Jahre 1887 mit seiner Ehefrau einen Kaufvertrag ab, durch welchen er derselben auf Rechnung ihrer Weibergutsforderung von Fr. 32,000 das im Jahre 1886 mit seinem Gasthofe verkaufte Mobiliar um den Preis von Fr. 22,000 verkaufte. In dem gegen Ende 1888 über St. ausgebrochenen Konkurse wurde die Eigenthumsansprache der Frau St. an dem betr. Mobiliar von den kantonalen (appenzell-innerrhodischen) Gerichten u. A. desshalb verworfen, weil nach dem kantonalen Gewohnheitsrechte die Abtretung beweglicher Sachen durch den Ehemann an die Frau zu Deckung verwendeten Frauenvermögens unzulässig sei. Nach kantonalem Rechte könne nicht mehr in natura vorhandenes Frauengut nur dann vor den Folgen des Fallimentes geschützt werden, wenn solches nach Art. 10 und 15 des Gesetzes über das Vogteiwesen in das Vogteibuch eingetragen sei. Das Bundesgericht bestätigte das Urtheil, u. A. aus folgenden Gründen: Die kantonalen Gerichte gehen offenbar davon aus, es sei nach kantonalem Rechte eine Abtretung von Fahrhabegegenständen an Zahlungsstatt, welche der Ehemann der Frau auf Rechnung ihres Frauengutes mache, im Konkurse des Ehemannes den Gläubigern desselben gegenüber schlechthin unwirksam, ohne Rücksicht darauf, ob bei derselben das Bewusstsein der Benachtheiligung der Gläubiger vorhanden gewesen sei oder nicht. Sie nehmen an, nach kantonalem Recht sei ein derartiges Rechtsgeschäft

zwischen Eheleuten im Konkurse unwirksam, wenn es auch nur objektiv, nicht aber nach dem Willen und Bewusstsein der Kontrahenten eine Benachtheiligung der Gläubiger zur Folge habe; eine im Konkurse wirksame Sicherstellung des Frauenvermögens könne nicht durch eine solche Abtretung an Zahlungsstatt, sondern nur in der durch die Kantonalgesetzgebung hiefür vorgeschriebenen Form[1]) erfolgen. Eine Norm dieses Inhalts ist mit dem derzeit geltenden Bundesrechte, speziell dem O. R., nicht unvereinbar. Denn dieselbe enthält eine mit dem ehelichen Güterrechte zusammenhängende Regel des Konkursrechtes, gehört also einem Rechtsgebiete an, welches zur Zeit noch kantonalrechtlicher Regelung anheimgegeben ist. Wenn auch das eidg. O. R. die Eigenthumsübertragung an beweglichen Sachen regelt, so bestimmt es doch nicht, ob durch eine solche Eigenthumsübertragung bezw. durch Hingabe von Mobilien an Zahlungsstatt das Frauengut in einer im Konkurse wirksamen Weise gesichert werden könne. Hierüber entscheidet ausschliesslich das kantonale Recht. (Entsch. v. 26. April 1889 i. S. Frau Steiner c. Steinersche Konkursmasse.)

---

56. *Konkurs des Vermiethers einer Liegenschaft. Miethzins als Theil der Immobiliarmasse; Recht des Erwerbers auf denselben. Ist eidg. oder kant. Recht massgebend?*

Darüber, ob im Konkurse des Vermiethers der Anspruch auf ausstehenden Miethzins der Konkursmasse oder aber den Hypothekargläubigern resp. an deren Stelle dem Uebernehmer der vermietheten Liegenschaft zukomme, ist im O. R. nichts bestimmt, sondern es ist dies durchaus der Regelung durch die kantonale Hypothekar- und Konkursgesetzgebung anheimgegeben. (Entsch. v. 29. März 1889 i. S. Barmettler.)

---

57. *Art. 17, 110 ff. O. R. Verhältniss des eidg. zum kant. Recht. Konkurrenzverbot als Nebenabrede bei einem Liegenschaftenkauf. Klage auf Erfüllung und Schadensersatz wegen Uebertretung des Konkurrenzverbotes; ist dieselbe nach eidg. oder kant. Rechte zu beurtheilen? Kompetenz des B.-Gerichts zur Entscheidung derartiger Streitigkeiten als Rechtsmittelinstanz.*

---

[1]) In Appenzell I.-Rh. durch hypothekarische Versicherung (Widerlegbriefe) oder Eintragung ins Vogtbuch, s. Huber, Geschichte u. System des schweiz. Privatrechts, I § 22, bes. S. 318 u. 328.

M. H. kaufte im Jahre 1885 von Chr. H. sein Wohnhaus sammt verschiedenen Fahrhaben und Grundstücken. Der Kaufvertrag enthält die Bestimmung: „Der Verkäufer verspricht, aller und jeder Konkurrenz als Metzger in der Landschaft Davos für immer zu entsagen.“ M. H. klagte nun gegen Chr. H. unter der Behauptung, dass derselbe das Konkurrenzverbot übertreten habe, auf sofortige Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes und auf Schadensersatz. Mit dieser Klage von den kantonalen Gerichten abgewiesen, rief Kläger gemäss Art. 29 Organis.-Ges. den Entscheid des B.-Gerichtes an. Beklagter bestritt die Kompetenz dieses Gerichtes, weil die Klage als actio emti sich darstelle, Liegenschaftsverkäufe aber ausschliesslich unter dem kantonalen Rechte stehen. Das Bundesgericht verwarf diese Einrede aus folgenden Gründen: Es ist zwar durchaus festzuhalten, dass für Liegenschaftskäufe in allen Beziehungen das kantonale Recht gilt, auf dieselben also das eidg. O. R. gar nicht, weder in seinen allgemeinen, noch in seinen speziellen, den Kauf betreffenden Bestimmungen Anwendung findet. Allein der in Rede stehende Vertrag enthält nicht nur einen Kaufvertrag über Liegenschaften. Die Abrede, es habe der Verkäufer jeder Konkurrenz mit dem Käufer im Betrieb des Metzgereigewerbes innerhalb der Landschaft Davos zu entsagen, enthält vielmehr einen besondern Nebenvertrag, welcher allerdings gleichzeitig und in Verbindung mit dem Liegenschaftskaufe eingegangen wurde, allein mit demselben nicht zusammenfällt, keinen unselbständigen Bestandtheil desselben bildet, sondern seine besondere, selbständige rechtliche Bedeutung und Wirkung hat. Die durch das Konkurrenzverbot begründete Obligation des Verkäufers ist keine Obligation aus Kauf, sondern eine besondere, durch die Nebenberedung begründete Obligation auf ein Unterlassen, welche eine Beschränkung der wirthschaftlichen Thätigkeit (Freiheit) des Verkäufers begründet. Derartige Verbote können für sich allein, wie in Verbindung mit den verschiedenartigsten andern Verträgen (Kaufverträgen, Mieth- oder Pachtverträgen, Anstellungsverträgen etc.) vereinbart werden; sie enthalten stets einen, nach seiner Gültigkeit und seinen Wirkungen dem eidg. O. R. unterstehenden Vertrag über Handlungen. Nach Art. 17 O. R. ist z. B. stets zu beurtheilen, ob ein Konkurrenzverbot gültig, oder, weil eine Vernichtung der wirthschaftlichen Persönlichkeit des Verpflichteten bewirkend, ungültig sei, und es ginge gewiss nicht an, dass ein nach Art. 17 O. R. ungültiges Konkurrenzverbot deshalb aufrechterhalten

würde, weil es in Verbindung mit einem Liegenschaftskaufe oder einem andern dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Vertrage, z. B. einem Erbvertrage, vereinbart worden sei etc. Soweit also die Gültigkeit und Wirkung des Konkurrenzverbotes, d. h. der besondern das Konkurrenzverbot betreffenden Vereinbarung, in Frage steht, ist durchaus eidgenössisches Recht massgebend und daher auch das Bundesgericht (bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen seiner Zuständigkeit) kompetent. Soweit dagegen freilich die Einwirkung der Ungültigkeit oder Nichterfüllung des Konkurrenzverbotes auf einen in Verbindung mit demselben abgeschlossenen Hauptvertrag in Frage kommt, oder umgekehrt das Konkurrenzverbot wegen Ungültigkeit oder Nichterfüllung des Hauptvertrages angefochten wird, ist das Bundesgericht nur dann kompetent, wenn der Hauptvertrag dem eidgenössischen Rechte untersteht. Wenn also im vorliegenden Falle z. B. bestritten wäre, ob nicht der Käufer wegen Uebertretung des Konkurrenzverbotes durch den Verkäufer vom Liegenschaftskaufe zurücktreten könne, so wäre das Bundesgericht nur insofern kompetent, als es sich um die Frage handelte, ob und inwieweit eine Uebertretung des Konkurrenzverbotes stattgefunden habe, nicht aber für die weitere Frage, ob wegen der festgestellten Verbotsübertretung der Käufer zum Rücktritte vom Liegenschaftskaufe berechtigt sei; in letzterer Richtung wäre das kantonale Recht über Liegenschaftskäufe massgebend und darnach ausschliesslich der kantonale Richter kompetent. Allein dieser Fall liegt hier nicht vor; in concreto steht vielmehr ausschliesslich die Wirkung des Konkurrenzverbotes zur Entscheidung. Wenn der Anwalt des Beklagten heute besonders darauf abgestellt hat, dass für den Verzicht auf die Konkurrenz dem Verkäufer eine besondere Gegenleistung nicht gewährt werde, sondern dieselbe in dem Kaufpreise der Liegenschaft inbegriffen sei, so ist dies zwar richtig, allein nicht entscheidend. Der gedachte Umstand beweist wohl, dass es sich hier nicht um zwei, bloss äusserlich in eine Urkunde vereinigte, innerlich dagegen von einander völlig unabhängige Verträge handelt, nicht dagegen, dass das Konkurrenzverbot lediglich eine Modalität des Liegenschaftskaufes im juristischen Sinne des Wortes sei. Die Einheit der Gegenleistung spricht wohl für die Verbindung, nicht aber für die Einheit des Vertrages und der Obligation. (Entsch. vom 27. April 1889 i. S. Heierli c. Hartmann.)

---

58. *1) Art. 117 O. R. Bezieht sich diese Vorschrift nur auf sog. Fixgeschäfte? 2) Art. 499 Abs. 2 O. R. Haft des Bürgen für die Kosten des vom Gläubiger gegen den Hauptschuldner geführten Arrestprozesses.*

1. Die Regel dies interpellat pro homine des Art. 117 Abs. 2 gilt, wie eine Vergleichung desselben mit dem von den Fixgeschäften handelnden Art. 123 ohne weiteres ergibt, für alle Verbindlichkeiten mit bestimmtem Verfalltage, nicht nur für Schulden aus Fixgeschäften. Freilich kann einer Verbindlichkeit eine Zeitbestimmung auch bloss in dem Sinne beigefügt sein, dass von dem Eintritte des Termins an der Gläubiger zu fordern berechtigt sei, der Schuldner dagegen nicht ohne weiters leisten müsse, sondern noch eine Mahnung des Gläubigers abwarten dürfe. Allein nach Art. 117 Abs. 2 O. R. ist hiefür nicht zu vermuthen, sondern es müssen besondere Umstände, aus welchen auf eine derartige Parteiabsicht zu schliessen wäre, festgestellt sein.

2. Die Kosten des gegen den Hauptschuldner vom Gläubiger geführten Arrestprozesses gehören offenbar zu den Kosten der Ausklagung des Schuldners; die Bürgen sind daher für dieselben gemäss Art. 499 Abs. 2 O. R. haftbar, denn nach dem Thatbestande der Vorinstanz kann nicht bezweifelt werden, dass den Bürgen Gelegenheit gegeben war, diese Kosten durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden. Es lagen ja auch die fraglichen Arreste durchaus im Interesse der Bürgen und wurden daher, wenigstens theilweise, durch dieselben geradezu veranlasst. (Entsch. v. 8. Febr. 1889 i. S. Mosimann & Lehmann c. Hofer.)

---

59. *Art. 202. O. R. Erforderniss des Besitzerwerbes an Mobilien durch Stellvertretung des Veräusserers (const. possessorium). Verbleib der veräusserten Mobilien beim Veräusserer als Niessbrauchberechtigten. Absicht der Benachtheiligung der Gläubiger und Kenntniss derselben.*

Der in Nr. 55 erwähnte Kaufvertrag enthielt u. A. die Bestimmung: „Der Kauf tritt sofort in Kraft. Verkäufer erklärt von Stund an den Besitz der Kaufsobjekte nicht mehr für sich, sondern einzig im Namen seiner Gattin als Eigenthümerin derselben auszuüben und ohne deren Zustimmung keine Aenderungen an deren Bestand vornehmen zu wollen, womit die für diesen Kaufvertrag erforderliche Tradition vollzogen ist.“ Entgegen den Entscheiden der kantonalen Gerichte nahm das Bundesgericht unter Verweisung auf die

Begründung des b.-g. Urtheils in Sachen Schaller und Schwegler c. Kaufmann vom 20. Mai 1887, abgedruckt in dieser Revue Bd. V Nr. 115 S. 167 f. an, dass hier eine dem Art. 202 O. R. entsprechende Besitzübergabe stattgefunden, da dem Ehemann Steiner der Niessbrauch am Vermögen seiner Ehefrau zugestanden habe. Dagegen erklärte es diese Besitz- und Eigenthumsübertragung für unwirksam, da der Vertreter der Ehefrau St. die Benachtheiligungsabsicht in dem gesetzlichen, in dem angeführten b.-gerichtl. Urtheil vom 20. Mai 1887 entwickelten Sinne selbst zugegeben habe, indem er erklärte, „es sei eine nicht zu bestreitende Thatsache, dass St. den Gasthof viel zu theuer gekauft und ihm desshalb die Zukunft nichts anders als den ökonomischen Ruin in Aussicht gestellt habe, es sei daher nichts natürlicher gewesen, als die Absicht, wenigstens für sein Weib und seine Kinder zu sorgen.“ Der Vertreter der Frau St. habe also selbst behauptet, der Kaufvertrag sei mit Rücksicht auf den in Aussicht stehenden unvermeidlichen Konkurs und demnach nothwendigerweise mit dem Bewusstsein, dass die Gläubiger durch die Veräusserung benachtheiligt werden, abgeschlossen worden. (Entsch. v. 26. April 1889 i. S. Frau Steiner c. Steiner'sche Konkursmasse.)

---

60. *Art. 247 u. 263 O. R. Kauf nach Probe. Beweis der Probemässigkeit; zulässige Beweismittel bei Kauf von Wein, chemische Expertise. Inwiefern berechtigen Unterschiede in der chemischen Zusammensetzung des Weins zur Dispositionsstellung?*

In einem Prozesse, in welchem die Probemässigkeit gekauften Weines streitig war, hatte das kantonale Gericht zwei Expertisen, eine kaufmännische und eine chemische, angeordnet. Der kaufmännische Experte hat den gelieferten Wein musterkonform befunden, während der Chemiker fand, der gelieferte Wein enthalte mehr Essigsäure und mehr mineralische Bestandtheile als das Muster, so dass derselbe nach der bezüglichen zürch. V. O. nicht als Krankenwein verkauft werden dürfte, während das Muster die Eigenschaften solchen Krankenweines besitze. Das kantonale Gericht erklärte das kaufmännische Gutachten als massgebend, denn im gewöhnlichen Handel dürfe der Käufer nach Probe die Waare nur wegen solcher Abweichungen vom Muster zurückbieten, welche für ihn bei der üblichen Untersuchung erkennbar gewesen seien, und dürfe er nicht so subtile Differenzen, wie sie hier durch die chemische Analyse eruirt

worden, nachträglich für die Bemängelung heranziehen. Das B.-Gericht bestätigte zwar das die Klage des Verkäufers gutheissende Urtheil, bemerkte jedoch zu der erstinstanzlichen Motivirung: Wenn die Vorinstanz den allgemeinen Satz aufstellt, Verschiedenheiten zwischen Waare und Muster, die nicht durch die geschäftsübliche, vom Käufer vorgenommene Untersuchung, sondern erst später durch wissenschaftliche Analyse entdeckt werden, berechtigen den Käufer in der Regel nicht zur Rückbietung der Waare, so kann das nicht als richtig anerkannt werden. Der Käufer ist beim Handel nach Muster berechtigt zu verlangen, dass die Waare die ihm durch den Hinweis auf das Muster zugesicherten Eigenschaften habe; besitzt sie diese Eigenschaften nicht, so ist sie nicht vertragsgemäss und wird vom Käufer mit Recht zurückgewiesen; ob der Mangel bereits vor der Dispositionsstellung durch die von ihm vorgenommene geschäftsübliche Untersuchung festgestellt und festzustellen war oder nicht, ist gleichgültig. Gerade im vorliegenden Falle kann nach der zwischen den Parteien gewalteten Korrespondenz kein Zweifel darüber obwalten, dass dem Muster genau, nicht nur ungefähr, entsprechende Waare zugesichert wurde. Allein auch in diesem Falle kann doch nicht so weit gegangen werden, dass jeder geringe im Verkehrsleben gar nicht weiter beobachtete Unterschied in der chemischen Zusammensetzung von Waare und Muster als ein zur Dispositionsstellung berechtigender Mangel betrachtet würde; sondern es muss doch eine Verschiedenheit vorliegen, welche als solche, als Unterschied in der Qualität der Waare im Verkehr überhaupt empfunden wird. Mit Rücksicht auf das von ihr eingeholte kaufmännische Gutachten verneint nun die Vorinstanz in für das Bundesgericht verbindlicher Weise das thatsächliche Vorhandensein eines derartigen Qualitätsunterschiedes zwischen Waare und Muster. (Entsch. v. 29. März 1889 i. S. Cassinelli c. Schellenberg und Bruppacher.)[1])

---

[1]) Es dürfte aber doch die Frage, ob der vom chemischen Experten konstatirte und vom kantonalen Gerichte als wirklich vorhanden erachtete Unterschied zwischen Muster und geliefertem Wein zur Rückbietung berechtige, nicht als reine Thatfrage zu betrachten und in casu vom Bundesgerichte um so eher selbst zu entscheiden gewesen sein, als das kantonale Gericht diese Frage gar nicht geprüft, sondern das chemische Gutachten deshalb ganz ausser Betracht gelassen hatte, weil es aus den angeführten

61. *Amtsbürgschaft; Einwendung des Bürgen eines Kassenbeamten, dass die von dem letztern verübten Unterschlagungen von der vorgesetzten Behörde selbst durch Verabsäumung der pflichtgemässen Aufsicht verschuldet seien.*

Ueber die Zulässigkeit dieser Einwendung entnehmen wir einem b.-gerichtl. Urtheile Folgendes: Keine ausdrückliche Vorschrift enthält, dass der Geschäftsherr, welchem für die Geschäftsführung eines Angestellten Bürgschaft geleistet worden ist, dem Bürgen für angemessene Beaufsichtigung des Angestellten einzustehen habe; es ist ferner richtig, dass auch die Bürgschaftsurkunde eine derartige Verpflichtung des Staates nicht ausdrücklich statuirt. Allein es darf doch nach der Natur des Verhältnisses und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben ohne weiteres unterstellt werden, dass bei der Amtsbürgschaft der Geschäftsherr mindestens für grobes Verschulden einzustehen habe. Der Bürge, welcher für einen, regelmässiger Aufsicht und Kontrole unterworfenen, Beamten sich verpflichtet, setzt voraus und darf voraussetzen, dass die Kontrole mindestens in ihren wesentlichen Bestandtheilen werde gehandhabt und nicht vom Geschäftsherrn gröblich werde vernachlässigt werden; unter dieser Voraussetzung, im Vertrauen nicht nur auf den Beamten, sondern auch auf den Geschäftsherrn, dessen Einrichtungen und Umsicht, geht er seine Verpflichtung ein. Eine regelmässiger Ueberwachung durch Aufsichtsorgane unterworfene Geschäftsführung ist ja etwas ganz anderes als eine völlig unkontrolirte; insbesondere für Kassebeamtungen, bei welchen den Beamten fortwährend grosse Summen anvertraut sind, würde wohl selten jemand eine, zumal unbeschränkte, Bürgschaft auf längere Dauer in der Meinung übernehmen, dass dem Kassier das unkontrolirte freie Schalten und Walten mit den anvertrauten Geldern gestattet werde und der Geschäftsherr sich jeder Aufsicht über denselben einfach entschlagen dürfe. Derartige Bürgschaften werden vielmehr regelmässig in dem Sinne eingegangen, dass der Geschäftsherr den Beamten in den Verhältnissen, insbesondere den bestehenden Einrichtungen und Vorschriften entsprechender Weise zu beaufsichtigen habe. Der Geschäftsherr, welcher es an dieser Aufsicht in gröblicher Weise fehlen lässt, verstösst wider den

---

Gründen das kaufmännische Gutachten als ausschliesslich massgebend ansah. Siehe das kantonalgerichtl. Urtheil in Schweizer Blätter für handelsgerichtl. Entscheidungen, VIII Nr. 4 S. 55 ff., wo indess der Inhalt des Gutachtens des Chemikers nicht vollständig wiedergegeben ist.

Sinn und Geist des Vertrages; er handelt dem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben als stillschweigend vereinbart zu betrachtenden Vertragsinhalte zuwider. Die Amtsbürgschaft wird nicht, wie die gewöhnliche Bürgschaft, für eine bereits bestehende oder nach der Absicht der Parteien in Zukunft zu begründende Forderung geleistet, sondern für eine Forderung, deren Entstehen weder Bürge noch Bürgschaftsempfänger wollen, die vielmehr nur wider ihre übereinstimmende Absicht durch rechtswidriges Handeln des Beamten ins Leben gerufen werden kann. Da liegt es denn aber gewiss in der Natur des Verhältnisses, dass der Bürgschaftsempfänger nicht seinerseits durch arglistiges oder grob fahrlässiges Gebahren zu Entstehung der Forderung mitwirken darf. Diese in der Rechtsprechung (vergl. Zeitschrift des bern. Juristen-Vereins XVII. 676, XXII. 72, 69; Journal des Tribunaux 1885 Nr. 31 und 1887 Nr. 12. Beilage zum Rechenschaftsbericht des zürch. Obergerichts für das Jahr 1880, Nr. 39. Seuffert, Archiv 31, Nr. 322, sodann etwa noch Hasenbalg, Bürgschaft S. 724 f.)[1]), zumal der schweizerischen Gerichte, wohl überwiegend anerkannten Grundsätze dürfen der Entscheidung um so unbedenklicher zu Grunde gelegt werden, als Beklagter selbst zugibt, dass die Bürgen zwar nicht die Beobachtung beliebiger, aber doch wenigstens die Beobachtung der vorgeschriebenen Kautelen zu fordern und zu erwarten berechtigt gewesen seien. (Entsch. v. 22. Februar 1889 i. S. Staat Aargau c. Ehrsam und Cons.)

---

62. *Art. 346 O. R. Aufhebung des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen. Kann dieselbe durch blosse Willenserklärung erfolgen oder bedarf es der Anrufung des Richters? Beweislast. Ungerechtfertigte Entlassung eines Angestellten vor Ablauf der Dienstzeit; verliert der Entlassene den Anspruch auf die Gegenleistung und steht ihm nur eine Schadensersatzforderung zu?*

Kläger war auf die Dauer von 3 Jahren vom 1. Januar 1885 an gerechnet in den Dienst der Beklagten getreten, gegen einen Monatsgehalt von Fr. 200 resp. Fr. 250 für das erste Jahr und von Fr. 300 für die zwei andern Jahre (nebst freier Wohnung, Beleuchtung und Heizung). Am 27. Juli 1886 wurde er unter der Vorgabe mangelhafter Pflichterfül-

---

[1]) Dagegen aber Girtanner, die Bürgschaft nach gem. Zivilrechte S. 390—393, 485, 486, auch Hasenbalg S. 564 f., Koch, Kommentar zu Theil I, Titel XIV § 273 des allg. Preuss. L. R.

lung auf 1. August gl. Js. entlassen. Er verlangte nunmehr von der Beklagten wegen arglistigen Vertragsbruches eine Entschädigung von Fr. 8000 (nämlich Fr. 5100 Gehalt für 17 Monate zu Fr. 300 und Fr. 2900 Entschädigung für indirekte Nachtheile, Aufgabe seiner frühern Laufbahn u. s. w.).

Die Beklagte stellte der Klage entgegen, dass sie gemäss Art. 346 O. R. zu vorzeitiger Auflösung des Dienstvertrages aus wichtigen Gründen, nämlich wegen fortwährender Dienstvernachlässigung seitens des Klägers berechtigt gewesen sei, und es erachteten die Vorinstanzen diesen Einwand für begründet. Das B.-Gericht hiess dagegen die Klage insoweit gut, als es dem Kläger eine Entschädigung von Fr. 1500 zusprach. Gründe: Die Beweislast trifft die Beklagte. Zwar ist zu vorzeitiger Aufhebung eines Dienstvertrages aus wichtigen Gründen nicht etwa die vorherige richterliche Feststellung eines Aufhebungsgrundes erforderlich, sondern es ist die Partei, welcher ein „wichtiger Grund" wirklich zur Seite steht, befugt, den Vertrag unmittelbar durch blosse Willenserklärung, ohne vorgängige Anrufung des Richters, aufzuheben. Allein derjenige, welcher dieses Recht vorzeitiger Lösung eines Vertrages für sich in Anspruch nimmt, muss im Bestreitungsfalle dessen thatsächliche Grundlagen, das Vorhandensein eines Aufhebungsgrundes, seinerseits nachweisen; er muss darthun, dass ein Aufhebungsgrund in Wirklichkeit vorhanden, also die von ihm ausgegangene Vertragsaufhebung eine berechtigte war, und dadurch nachträglich die richterliche Gutheissung der auf eigene Gefahr geschehenen Kündigung erwirken. Dabei ist klar, dass die beweispflichtige Partei Thatsachen nachweisen muss, aus welchen der Richter die Ueberzeugung schöpfen kann, dass ein zu Auflösung des Vertrages berechtigender wichtiger Grund vorlag, dass dagegen blosse allgemeine Urtheile dritter Personen, wonach diese die Vertragsauflösung als eine ihrer Meinung nach berechtigte erklären, nicht genügen. Im vorliegenden Falle nun aber sind keine Thatsachen festgestellt, welche den Schluss zu begründen vermöchten, die Beklagte sei zufolge unzulässigen Verhaltens des Klägers zu sofortiger Entlassung desselben berechtigt gewesen. Die Vorinstanzen stellen dafür einzig auf die Aussagen der Fabrikdirektoren ab, unter welchen der Kläger diente; sie betrachten offenbar diese Zeugenaussagen als glaubwürdig und die dadurch bekundeten Thatsachen als erwiesen, und an diese Feststellung ist das Bundesgericht gemäss Art. 30 O. G. gebunden. Allein der Inhalt dieser Zeugen-

aussagen ist nun durchaus nicht derart, dass danach Verfehlungen des Klägers als erwiesen betrachtet werden könnten, welche die Beklagte zu dessen vorzeitiger Entlassung berechtigten. Wenn die beiden Zeugen zunächst aussagen, dass ihrer Ansicht nach die Entlassung des Klägers durch sein Verhalten gerechtfertigt gewesen sei, dass seine Leistungen in letzter Zeit „nicht befriedigt“ haben u. drgl., so sind dies lediglich Urtheile der Zeugen, welche, ohne Klarlegung ihrer thatsächlichen Grundlage, für das Urtheil des Richters nicht massgebend sein können. Auch im übrigen sind die Aussagen viel zu unbestimmt und allgemein gehalten, als dass durch ihren Inhalt die sofortige Entlassung des Klägers gerechtfertigt werden könnte. Der Zeuge S. sagt aus, dass der Kläger in der letzten Zeit seiner Thätigkeit nachlässig gewesen sei, deshalb von dem Zeugen wiederholt gemahnt und schliesslich nach J. versetzt worden sei. Der Zeuge G. bekundet ebenfalls, dass der Kläger während seines letzten Aufenthaltes in J. nachlässig gewesen sei, ihm gegebene Aufträge entweder gar nicht oder erst auf wiederholte Mahnungen ausgeführt und sich während der Arbeitszeit oft stundenlang in seinem Schlafzimmer aufgehalten habe, so dass der Zeuge schliesslich dessen Entlassung verlangt habe. Worin aber die dienstlichen Nachlässigkeiten des Klägers bestanden haben, welcher Art die Aufträge gewesen seien, welche der Kläger nicht oder verspätet ausgeführt habe, unter welchen Umständen er während der Arbeitsstunden sich in seinem Schlafzimmer aufgehalten habe, darüber enthalten die, von dem Vorderrichter als massgebend erachteten Zeugenaussagen nichts. Sie lassen also die Schwere der dem Kläger vorgeworfenen dienstlichen Verfehlungen gar nicht erkennen, um so weniger, als die Vorinstanzen ebenfalls feststellen, dass im Sommer 1886, also kurz vor der Entlassung des Klägers, der Zeuge G. denselben habe bewegen wollen, seine Stellung in J. wegen „mangelnder Arbeit“ (der Fabrik) aufzugeben, also zum mindesten die Vermuthung nicht ferne liegt, dass wenn der Kläger seine Arbeitsstunden nicht voll ausnutzte, dies einfach deshalb geschah, weil für ihn eben eine angemessene Beschäftigung nicht vorhanden war. So wenig daher verkannt werden soll, dass erhebliche, trotz ernster Mahnung stetsfort fortgesetzte, dienstliche Nachlässigkeiten eines Angestellten den Arbeitgeber zu vorzeitiger Entlassung berechtigen, so wenig kann hier der Thatbestand dieses Entlassungsgrundes als gegeben erachtet werden. Denn es mangelt den dem Kläger gemachten Vorwürfen jegliche, doch unschwer zu erbringende,

Spezialisirung, welche dem Richter eine eigene Würdigung des Sachverhaltes gestatten würde.

Die Ansprüche des Klägers richten sich daher nicht nach dem, vom Kläger angerufenen, Art. 346 Abs. 3 O. R.; vielmehr findet diese Gesetzesbestimmung überall keine Anwendung, da der Thatbestand derselben, die befugte Aufhebung des Vertrages aus wichtigen Gründen, mangelt. Es liegt vielmehr der andere Fall vor, dass der Arbeitgeber die Erfüllung des (von keinem Theile befugterweise aufgelösten) Vertrages dadurch thatsächlich verunmöglicht, dass er die Annahme der Dienste, zu deren Lieferung der Dienstpflichtige bereit ist, verweigert. Es ist nun im Bundesgesetze nicht ausdrücklich entschieden und in Doktrin und Praxis bestritten, ob in diesem Falle der Dienstverpflichtete die vertragliche Gegenleistung fordern oder aber nur einen Interessenanspruch geltend machen könne. Wenn man erwägt, dass in gedachtem Falle der Dienstverpflichtete seinerseits, wenn auch in Folge des Verhaltens des Arbeitgebers, den Vertrag ebenfalls nicht erfüllt und dass daher seine Arbeitskraft zu anderweitiger nutzbringender Verwendung frei wird, so erscheint es richtiger, den Anspruch des Dienstverpflichteten als Schadenersatzanspruch, d. h. als Anspruch auf das Interesse, welches er an der Leistung der Dienste hatte, zu betrachten und zu behandeln (vrgl. Preuss. Landrecht I 5, § 361; Mommsen, Beiträge I S. 353 u. ff., insbes. S. 362; dagegen allerdings u. a. Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. XVII, S. 364; Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich § 561, 368).[1]) Der Anspruch auf die vertragliche Gegenleistung als solche erscheint deshalb als ausgeschlossen, weil durch die Annahmeverweigerung des Arbeitgebers auch der Dienstverpflichtete von seiner vertragsmässigen Verpflichtung befreit[2]) wird, da er eben, nachdem seine Dienste ein-

---

[1]) Ferner Dernburg, Pandecten II S. 296; Brinz, Pandecten (2. Aufl.) II. S. 762; Windscheid, Pandecten II S. 511 (5. Aufl.); Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen III S. 179 ff.

[2]) Der Arbeitnehmer (Vermiether der Dienste) ist aber wohl nicht verpflichtet, sich auf diese Weise von seiner vertragsmässigen Verpflichtung und damit auch von seinem Lohnanspruch befreien zu lassen. Der Dienstmiethevertrag ist ein voluntares Geschäft, ein Consensualvertrag, kein Realgeschäft. Der Lohn bildet allerdings die Gegenleistung für die versprochenen Dienste; allein die Verpflichtung zur Zahlung desselben hat ihren Grund in der Willenseinigung der Parteien, nicht in der Leistung der Dienste. Daraus dürfte aber nach allg. Rechtsgrundsätzen folgen,

mal bestimmt zurückgewiesen worden sind, sich nicht während der ganzen Vertragszeit dem Arbeitgeber zur Verfügung zu halten braucht, sondern seine Arbeitskraft anderweitig verwenden kann. Dagegen ist der Anspruch des Dienstpflichtigen auf das volle Interesse dadurch begründet, dass die Erfüllung des Vertrages durch den Willen des Arbeit-

---

dass der Arbeitgeber, welcher den Arbeitnehmer an der Leistung der versprochenen Dienste hindert, ohne dass der letztere ihm dazu rechtmässige Veranlassung gibt, zur Zahlung des Lohnes verpflichtet bleibt (vgl. auch Art. 110, 279 u. 298 O. R.; die abweichenden Bestimmungen des preuss. Rechts, I 5 § 361 u. 408 f., können für uns nicht in Betracht kommen, da das eidg. O. R. sie nicht aufgenommen hat). Die Frage hat nicht blos eine theoretische, sondern auch eine erhebliche praktische Bedeutung. Denn die Entschädigungstheorie führt, wie die Praxis zeigt, zu einer ganz ungerechtfertigten Begünstigung des vertragsbrüchigen Theils zum Nachtheil des vertragstreuen, indem sie den letzteren mit dem Beweise des erlittenen Schadens belastet und fast regelmässig dazu führt, dass die Entschädigung zu niedrig angesetzt wird. Allein diess ist nicht der einzige Nachtheil. Geräth der Arbeitgeber in Konkurs, so steht — wie ein letztes Jahr vorgekommener Fall beweist — dem ungerechtfertigter Weise entlassenen Arbeitnehmer für den Entschädigungsanspruch kein Vorzugsrecht zu, während er ein solches für die Lohnforderung hätte beanspruchen können. Eine solche Entschädigung ist aber natürlich kein Aequivalent für den dem Arbeitnehmer durch die ungerechtfertigte Entlassung verursachten Schaden. Es soll s. Z. in der zur Vorberathung des eidg. O. R. niedergesetzten Commission die Aufnahme eines dem § 561 resp. 368 Abs. 2 dtsch. Entw. wesentlich gleichlautenden Artikels vorgeschlagen, der Antrag aber leider verworfen worden sein. Bemerkt werden mag hiebei, dass gegen die angeführte Bestimmung des sonst so viel und in allen Richtungen angefochtenen deutschen Entwurfes bis jetzt keine Stimme laut geworden ist. Die Mommsen'sche Entschädigungstheorie ist wohl völlig zutreffend widerlegt von Kohler a. O. (Iherings Jahrb. für Dogmatik u. s. w. XVII S. 364 ff., bes. S. 367 f.), mit dessen Ausführungen auch § 368 Abs. 2 des deutschen Entwurfs übereinstimmt, welcher lautet: „Ist die Leistung in Folge „eines von dem Gläubiger zu vertretenden Umstandes, oder nachdem der „Gläubiger in Verzug gekommen ist, unmöglich geworden, so behält der „Schuldner das Recht auf die Gegenleistung. Der Gläubiger ist jedoch „berechtigt, den Geldwerth der Aufwendungen, welche der Schuldner in „Folge der Nichtleistung erspart hat, und, wenn die Nichtleistung den „Schuldner zu anderweiter Verwendung seines Arbeitsvermögens in den „Stand gesetzt hat, auch den Geldwerth des Erwerbes, welchen der Schuld„ner durch die anderweite Verwerthung seines Arbeitsvermögens gemacht „oder zu machen böswillig unterlassen hat, in Abzug zu bringen."

gebers, durch dessen Weigerung, die vertraglichen Dienste anzunehmen, unmöglich gemacht worden ist. Der Schaden, dessen Ersatz der Dienstpflichtige verlangen kann, besteht in dem Betrage der ihm vertraglich versprochenen Gegenleistung, unter Abrechnung desjenigen Vortheils, der ihm durch die Befreiung von der Pflicht zur Vertragserfüllung erwächst, d. h. der Ausgaben, die ihm etwa durch Entbindung von der Leistungspflicht erspart werden, und desjenigen Erwerbs, welchen er während der Vertragsdauer vermittelst seiner freigewordenen Arbeitskraft anderweitig zu machen in der Lage ist. Schadenersatz wegen anderweitiger, nicht mit der Einbusse der vertraglichen Gegenleistung des Arbeitgebers im Zusammenhange stehender Nachtheile, welche dem Dienstpflichtigen durch die Dienstentlassung allfällig erwachsen sollten, kann derselbe in der Regel nicht verlangen; vielmehr ist ein solcher Ersatzanspruch (wegen durch die Entlassung erschwerten Fortkommens, Kreditschädigung u. drgl.) nur dann begründet, wenn die Dienstentlassung nach den Umständen, unter denen sie erfolgte, eine unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 u. ff. O. R. enthält, also eine auch ausserhalb bestehender Vertragsverhältnisse widerrechtliche, schuldhafte Rechtsgüterbeschädigung involvirt. Aus dem Dienstvertrage nämlich ist der Dienstpflichtige etwas weiteres als die vertragliche Gegenleistung des Arbeitgebers zu fordern von vorn herein nicht berechtigt, insbesondere ist er nicht berechtigt, wirkliche Abnahme seiner Dienste durch den Arbeitgeber zu verlangen; dieser darf vielmehr auf dieselben verzichten. Der Dienstpflichtige kann daher auch bei vorzeitiger Entlassung in der Regel (und von einem Schadenersatzanspruch ex delicto, wie bemerkt, abgesehen) Schadenersatz nur wegen der Einbusse der für seine Dienste versprochenen Vergütung verlangen. — Danach erscheint die klägerische Forderung nur wegen entgangenen Gehaltes grundsätzlich gerechtfertigt; immerhin indess nicht zum vollen Betrage, denn es muss, nach dem oben Bemerkten, von der klägerischen Forderung des gesammten während der Vertragsdauer noch laufenden Gehaltes dasjenige in Abrechnung kommen, was der Kläger während der Vertragszeit anderweitig zu erwerben in der Lage war. In dieser Richtung muss eine ungefähre Abschätzung ex aequo et bono Platz greifen. Erwägt man nun, dass zwar die Behauptung der Beklagten, der Kläger habe alsbald nach seiner Dienstentlassung anderweitig, und zwar in einem Konkurrenzgeschäfte der Beklagten, eine lohnende Stellung gefunden, nicht aktenkundig,

immerhin aber nach dem gesammten Sachverhalte nicht daran zu zweifeln ist, dass der Kläger als tüchtiger Fachmann seines Zweiges in nicht zu langer Frist nach seiner Dienstentlassung anderweitige lohnende Beschäftigung finden konnte, so erscheint es als angemessen, die demselben zu entrichtende Entschädigung auf Fr. 1500 festzusetzen. (Entsch. v. 9. März 1889 i. S. Schou c. Dynamitfabrik Isleten.)

---

63. *Art. 508, 503, 224 und 294 O. R. Inwiefern ist der Gewahrsam eine Voraussetzung des Retentionsrechtes? Vereinbarung, dass die Verkäufer von Milch „die daraus fabrizirten Käse als Unterpfand zurückhalten können". Macht die Nichtausübung dieser Befugniss die Verkäufer den Bürgen gegenüber verantwortlich?*

Der Vertrag zwischen einer Käsereigesellschaft und einem Senn über Milchlieferung enthielt die Bestimmung, dass der Käufer für die Erfüllung seiner Verpflichtung Bürgschaft zu leisten habe, und es wird sodann beigefügt: „Zudem kann die Käsereigesellschaft zu mehrerer Sicherheit die fabrizirten Käse als Unterpfand zurückbehalten, bis sie für ihr Guthaben bezahlt ist." Die Beklagten verpflichteten sich, der Käsereigesellschaft „diejenige Bürgschaft leisten zu wollen, welche der Vertrag vorschreibt". Von der Gesellschaft auf Bezahlung des Kaufpreises belangt, wendeten Beklagte u. A. ein, Klägerin habe von dem ihr nach dem Vertrage zustehenden Rechte, die fabrizirten Käse als Unterpfand zu behalten, keinen Gebrauch gemacht; dadurch habe sie Sicherheiten preisgegeben, welche zur Tilgung der Schuld ausgereicht hätten, und es seien daher die Bürgen nach Art. 508 O. R. frei geworden. Darauf erwiderte das B.-Gericht: Da die fabrizirten Käse sich nicht im Gewahrsam der Käsereigesellschaft, sondern in demjenigen des Käsers selbst befanden, so erwarb sie an denselben weder Faustpfand noch Retentionsrecht. Wenn Beklagte ausgeführt haben, es sei zwar richtig, dass die Gesellschaft den Gewahrsam an den fabrizirten Käsen nicht gehabt habe, allein der Gewahrsam sei, wie das Retentionsrecht des Vermiethers (Art. 294 O. R.) zeige, keine schlechthin nothwendige Voraussetzung des Retentionsrechts, und im vorliegenden Falle sei nun durch Vertrag ein Retentionsrecht ohne Uebertragung des Gewahrsams geschaffen worden, so kann dem nicht beigetreten werden. Allerdings besteht das Retentionsrecht des Vermiethers und Verpächters trotz mangelnden Gewahrsams;

allein dies beruht auf einer Spezialbestimmung des Gesetzes, welche nicht auf andere, durch sie nicht normirte Fälle übertragen werden darf. [1]) Im Uebrigen ist gemäss Art. 224 ff. O. R. nothwendige Voraussetzung eines Retentionsrechtes mit dinglicher Wirkung im Sinne des Art. 228 O. R. die Verfügungsgewalt, der Gewahrsam des Gläubigers, und es liegt auf der Hand, dass solche Retentionsrechte nicht durch Parteivereinbarung beliebig geschaffen werden, sondern nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen entstehen und bestehen können. Andernfalls wäre ja die Vorschrift, dass ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden kann, praktisch völlig illusorisch. Durch den Milchkaufvertrag erlangte die Klägerin demnach keinerlei Recht vorzugsweiser Befriedigung aus den fabrizirten Käsen, kraft dessen diese für ihre Forderung als besondere, nicht in gleicher Weise allen andern Gläubigern haftende Sicherheit gedient hätten; sie konnte also auch keine solche Sicherheit preisgeben. Sie hätte vielleicht Bestellung eines Faustpfandes an den Käsen verlangen können; allein eine vertragliche oder gesetzliche Verpflichtung, die Bestellung dieser erst zu erwerbenden Sicherheit zu verlangen, dazu unter Umständen den Prozessweg zu betreten u. s. w., lag ihr nicht ob. Sofern die Bürgen fanden, dass durch das Zuwarten der Gläubigerin ihre Interessen verletzt werden, so war es nach Art. 503 O. R. ihre Sache, dieselbe nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld zu Verfolgung ihrer Rechte aufzufordern. Sie haben dies nicht gethan und können sich daher auf Säumniss des Gläubigers in der Rechtsverfolgung nicht berufen. [2]) (Entsch. v. 13. April 1889 i. S. Käsereigesellschaft Hemmiken c. Stampfli und Cons.)

---

64. *Art. 14 B.-Ges. betr. Mass und Gewicht vom 3. Juli 1875. Sind Verträge, welche Massangaben in einem andern als dem gesetzlichen metrischen System enthalten, ungültig?*

X. Z. kaufte von A. Z. eine Liegenschaft. In dem Kaufvertrage ist der Kaufpreis per Quadratklafter festgesetzt und Vermessung der Liegenschaft vermittelst des „Klaftersteckens" vorgeschrieben. X. Z. verlangte nun Aufhebung des Kaufvertrags und Rückzahlung der von ihm geleisteten Anzahlung, weil im Kaufvertrage ein Mass zur Anwendung

[1]) Vgl. diese Revue III Nr. 72 S. 85.

[2]) Vgl. diese Revue VI Nr. 65 S. 91 ff.

gekommen sei, welches den Vorschriften des oben citirten Bundesgesetzes widerspreche; nach Art. 14 dieses Bundesgesetzes seien solche Verträge unzulässig und ungültig. In Uebereinstimmung mit beiden kantonalen Instanzen hat das B.-Gericht die Klage abgewiesen. Gründe: Das Bundesgericht ist nach Art. 29 Org. G. zu Beurtheilung der Beschwerde kompetent. Freilich sind die Bestimmungen des eidg. O. R. auf Liegenschaftskäufe nicht anwendbar, sondern es gilt für Liegenschaftskäufe fortwährend kantonales Obligationenrecht. Allein der Rekurrent behauptet, die kantonalen Urtheile verletzen den — zweifellos auch auf Liegenschaftskäufe anwendbaren — Art. 14 des Bundesgesetzes über Mass und Gewicht, aus welchem er die zivilrechtliche Norm herausliest, dass Verträge, welche Massangaben in einem andern als dem gesetzlichen metrischen System enthalten, ungültig seien. Es ist also über die Beschwerde ausschliesslich nach eidgenössischem Rechte, nach Art. 14 leg. cit. zu entscheiden. Ob die angeführte Gesetzesbestimmung den vom Rekurrenten behaupteten Privatrechtssatz wirklich enthalte, ist bei Entscheidung in der Sache selbst zu untersuchen.

Sachlich ist die Beschwerde aber unbegründet. Die Bestimmungen des Art. 14 leg. cit., dass „in neuen Verträgen Angaben über Mass und Gewicht nur nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes gemacht werden dürfen", enthält, wie überhaupt das ganze Gesetz über Mass und Gewicht ein Verwaltungsgesetz ist, eine Verwaltungsvorschrift, eine Vorschrift verkehrspolizeilicher Natur. Die Ungültigkeit von Verträgen, welche in Uebertretung dieser Vorschrift nach andern als den gesetzlichen Massen und Gewichten abgeschlossen werden, ist nicht angedroht und nicht gewollt. Bei Regelung des gesetzlichen Mass- und Gewichtssystems lag es vielmehr dem eidgenössischen Gesetzgeber gewiss von vornherein völlig ferne, über die Erfordernisse der Gültigkeit von Verträgen legiferiren und Mass- oder Gewichtsangaben nach anderm als dem gesetzlichen System als Nichtigkeitsgrund eines abgeschlossenen Vertrages qualifiziren zu wollen; über die Erfordernisse der Gültigkeit von Verträgen zu bestimmen blieb der Privatrechtsgesetzgebung (welche bekanntlich nur theilweise dem Bunde zusteht) vorbehalten. Ueberhaupt darf mangels einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung an Nichtbeobachtung einer verkehrspolizeilichen Vorschrift der in Frage liegenden Art die tiefeinschneidende Folge der Ungültigkeit des Vertrages ebensowenig geknüpft werden, als

z. B. an die Uebertretung eines Stempelgesetzes. Der gesetzlichen Regelung des Mass- und Gewichtssystems kommt privatrechtliche Bedeutung insofern allerdings zu, als selbstverständlich jedermann zu verlangen berechtigt ist, dass nach den Massen und Gewichten dieses Systems geliefert, in Vertragsurkunden u. s. w. die Mass- oder Gewichtsangaben nach gesetzlichem System gegeben werden u. s. w. Im übrigen dagegen ist über die Beobachtung des Bundesgesetzes über Mass und Gewicht, wie dessen gesammter Zusammenhang zeigt, von den Verwaltungsbehörden zu wachen und unterliegen Uebertretungen desselben in den vom Gesetze bestimmten Fällen lediglich der Bestrafung. (Entsch. vom 1. März 1889 i. S. Züger c. Ziltener.)

---

65. *Art. 1 Abs. 3 B.-Ges. betr. die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise v. 19. Dezbr. 1874. Kompetenz des Bundesgerichtes zur Beurtheilung bezüglicher Streitigkeiten. Bestellung einer Grunddienstbarkeit durch einen Geleiseeigenthümer zu Gunsten eines hinterliegenden Etablissements.*

Die in Art. 1 Abs. 3 des cit. B.-Gesetzes dem Bundesgerichte ausnahmsweise eingeräumte Kompetenz greift nicht Platz, wenn ein Geleiseeigenthümer zu Gunsten eines hinten- oder nebenliegenden Etablissements eine Dienstbarkeit an seinem Grundstücke constituirt, durch welche er verhindert wird, das Verbindungsgeleise zu beseitigen und sein Grundstück zu anderweitigen Zwecken zu verwenden. Denn die Bestellung einer derartigen Dienstbarkeit geschieht nicht kraft bundesgesetzlicher Verpflichtung. Die Berechtigung, welche er dem Vertragsgegner einräumt, ist nicht diejenige, auf welche dieser kraft Bundesgesetz Anspruch hat, sondern eine viel weiter gehende. Die Gegenleistung, welche dem Geleiseeigenthümer in diesem Falle gebührt, kann daher auch nicht gemäss Art. 1 Abs. 3 leg. cit. vom B.-Gerichte festgesetzt, sondern sie muss entweder durch ein Expropriationsverfahren kantonalen Rechts ausgemittelt oder von den Parteien vertraglich vereinbart werden. Soweit der Vertrag keine Bestimmungen enthält, ist das kantonale Sachenrecht massgebend. Der Streit über den Umfang der vertraglichen Gegenleistung des Dienstbarkeitsberechtigten, die Beitragspflicht an die Unterhaltung der betr. Einrichtungen u. s. w. ist daher nicht ein Streit um die Feststellung der Entschädigung für eine kraft B.-Gesetzes dem Geleiseeigenthümer obliegende Rechtseinräumung, sondern ein Rechtsstreit des

kantonalen Rechtes, für dessen Beurtheilung ausschliesslich die kantonalen Gerichte kompetent sind. (Entsch. v. 30. März 1889 i. S. Frank und Söhne c. Gesellschaft für chemische Industrie.)

---

66. *Art. 59 B.-V. Gerichtsstand für die Klage des Eigenthümers gegen den Untermiether auf Räumung der gemietheten Räumlichkeit.*

Die Klage des Eigenthümers eines Gebäudes gegen den Untermiether auf Räumung von Wohnungs- oder andern Räumen nach beendigter Hauptmiethe ist keine persönliche, sondern eine dingliche und kann daher bei dem Gerichtsstand der belegenen Sache anhängig gemacht werden. (Entsch. v. 8. März 1889 i. S. Chevalier.)

---

67. *1) Art. 61 B.-V. Begriff des Zivilurtheils im Sinne dieser Verfassungsbestimmung. 2) Konkordate betr. das Konkursrecht. Enthalten dieselben Bestimmungen darüber, nach welchem örtl. Rechte die Folgen der Nichtanmeldung einer Forderung bezüglich Erlöschen derselben zu beurtheilen seien?*

In dem oben unter Nr. 38 abgedruckten Falle ergriff E. den staatsrechtlichen Rekurs an das B.-Gericht sowohl gegen den Entscheid der Rekurskammer als gegen den des Kassationsgerichtes, unter der Behauptung, dieselben verletzen den Art. 61 B.-V. und die das Konkursrecht betreffenden eidg. Konkordate. Das B.-Gericht wies den Rekurs ab. Gründe: 1) Der Beschluss der Konkurskommission Frauenfeld ist kein Zivilurtheil im Sinne des Art. 61 B.-V. Denn derselbe erscheint nicht als eine richterliche Entscheidung in einer konkreten Privatrechtsstreitigkeit, sondern bloss als eine das Konkursverfahren abschliessende Verfügung der mit richterlicher Gewalt wohl gar nicht ausgestatteten Konkursbehörde. Die Feststellung, die Gläubiger, welche ihre Forderungen nicht angemeldet haben, seien ihrer Forderungsrechte verlustig gegangen, enthält nicht ein den einzelnen Gläubigern gegenüber erlassenes rechtskräftiges Urtheil, auf welches die Einrede der abgeurtheilten Sache begründet werden könnte, sondern nur einen allgemeinen Ausspruch der Konkursbehörde über die gesetzlichen Folgen der Durchführung des Konkurses. Wird im einzelnen Falle streitig, ob die gesetzliche Folge wirklich eingetreten sei, so ist darüber vom Richter zu entscheiden. 2) Keines der das Konkursrecht betreffenden

Konkordate enthält eine Bestimmung darüber, nach welchem örtlichen Rechte die Frage zu beantworten sei, ob die Nichtanmeldung einer Forderung im Konkurse deren Untergang nach sich ziehe. Dieselben statuiren vielmehr einzig den Grundsatz der Universalität und Attraktivkraft für das bewegliche Vermögen, sowie das Prinzip der Gleichbehandlung sämmtlicher schweizerischer Gläubiger. (Entsch. vom 23. März 1889 i. S. Ernst.)

---

68. *Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Statuirt derselbe für Klagen auf Theilung der Gütergemeinschaft die Kompetenz des heimathlichen Richters?*

Der oben bezeichnete Staatsvertrag bezieht sich nicht auf die Familienverhältnisse (Eherecht, Güterrecht der Ehegatten u. s. w.) der beiderseitigen Landesangehörigen. Die Kantone können daher für Klagen auf Theilung der Gütergemeinschaft in der Schweiz wohnhafter Franzosen den Gerichtsstand des Wohnsitzes zuständig erklären. (Entsch. v. 12. April 1889 i. S. Simon-Pralon c. Pralon.)[1]

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

69. *Schriftlichkeit als nothwendige Vertragsform. Erfordernisse. Art. 12 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 4. Mai 1889 i. S. Müller c. Weil.

Müller, gewesener Geschäftsreisender des Weil, klagte eine Forderung aus diesem Dienstverhältnisse gegen W. ein. Weil forderte widerklagsweise Fr. 475 aus angeblicher Bürgschaft des Klägers für einen von ihm s. Z. dem Weil empfohlenen Kunden. Es hatte nämlich M. die Waarenbestellung eines gewissen B. an das Haus W. übermittelt und auf die im Brief vom 8. September 1886 gemachte Bemerkung des W., dass er den B. nicht für sicher genug halte, durch Schreiben vom 10. September 1886 bemerkt, er ersuche „die

---

[1]) S. diese Revue IV S. 8 Nr. 12 Ziff. 4. Curti, der Staatsvertrag mit Frankreich u. s. w. S. 84 ff.

Bestellung B. unter den gleichen Bedingungen wie die Bestellung H. auszuführen, Vorsicht wäre an manchem Orte weit eher am Platze als hier." Was die Bestellung H. betrifft, so behauptete Weil, Müller habe mündlich die Garantie dafür übernommen, daher erkläre sich der im Schreiben vom 8. September enthaltene Satz: „an H. wird gegen Ihre Garantie geliefert." Müller habe das stillschweigend acceptirt und durch den mitgetheilten Passus in seinem Brief vom 10. September auch für B. gleiche Garantie eingegangen. Müller bestritt jegliche Bürgschaft. Wegen H. ist kein Anstand, da dieser den W. vollständig bezahlt hat. Von B. dagegen ist nichts erhältlich gewesen. Beide Instanzen wiesen die Widerklage ab.

Motive: Es kommt namentlich bei mehrfachem Briefwechsel oft vor, dass man aus dem gesammten Inhalt desselben eine Einigung der Parteien über den wesentlichen Vertragsinhalt wohl herausfinden kann, ohne dass dieselben damit den Vertrag schon rechtsgültig fixiren wollten, sondern es unzweifelhaft ihre Meinung war, dass derselbe erst durch eine förmliche mit der Unterschrift des Verpflichteten versehene Vertragsurkunde rechtsgültig werde. Der Briefwechsel ist dann kein „Vertrag", d. h. keine im Bewusstsein der Rechtsverbindlichkeit gemachte Willenserklärung. Im vorliegenden Falle ist es nicht hergestellt, dass der Kläger, als er den Brief vom 10. September 1886 absandte, das Bewusstsein hatte, damit eine rechtsgültige Bürgschaft für den an B. zu gewährenden Kredit zu übernehmen, sondern es ist sehr wohl gedenkbar, dass er voraussetzte, Beklagter müsse ihm noch, wenn er seine Offerte annehmen wolle, einen Bürgschein zur Unterzeichnung senden, welcher dann namentlich auch den Betrag seiner Haft genau fixire, und nach dessen Unterzeichnung er erst rechtlich gebunden sei, und dass er, als dies unterblieb, glaubte, der Beklagte verzichte auf seine Bürgschaft und übernehme selbst das Risiko des Kredites mit Rücksicht auf seine Bemerkungen in jenem Briefe, Vorsicht wäre an manch anderm Ort weit eher am Platze. Er war zu einer solchen Ansicht um so eher berechtigt, als solche Garantien durch Geschäftsreisende von Seite ihrer Prinzipale meist nicht sehr ernst aufgefasst werden und wohl auch richtiger Weise, wenigstens in der Regel, zurückgewiesen werden sollten. Weit wichtiger noch ist, dass Indizien vorliegen, welche darauf hinweisen, dass auch der Beklagte damals und noch längere Zeit nachher nicht daran gedacht hat, dass jener Brief eine rechtlich gültige Bürg-

schaft des Klägers begründe. Am 4. August 1887 nämlich, als er das (heute eingeklagte) Obligo zu Gunsten des Klägers ausstellte, war B. schon längst im Konkurs und es stand für den Beklagten ausser Zweifel, dass er mit seiner Forderung an denselben einen Verlust erleiden werde, und doch fiel es ihm damals nicht ein, in jenem Obligo auch nur in Form eines allgemeinen Vorbehaltes einer Gegenforderung aus der Bürgschaft für B. Erwähnung zu thun. Aus der Anerkennung der unter ähnlichen Verhältnissen zu Stande gekommenen Bürgschaft für H. von Seite des Klägers lässt sich bezüglich der durch den Brief vom 10. September angeblich geleisteten Bürgschaft für B. deshalb nichts herleiten, weil jene Anerkennung auf einem Vergleiche beruht und der Kläger mit Rücksicht auf die vorausgesehene Solvenz des H. kein Interesse hatte, die Rechtsgültigkeit seiner Bürgschaftsverpflichtung für denselben zu bestreiten.

---

70. *Irrthum über die Natur des abgeschlossenen Vertrags. Vollziehung des Bürgschaftsvertrags. Art. 18, 19; 489—491 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 19. Febr. 1889 (vom Appellationsgericht bestätigt den 28. März) i. S. Vogel u. Herter c. Weiss.

L. Dreyfus schuldete dem H. Weiss aus Eigenwechseln Fr. 10000 und versprach ihm für Erneuerung der Wechsel die Bürgschaft von J. Vogel und G. Herter beizubringen. Weiss nahm das an und übergab dem Dreifus ein Bürgschaftsformular, wonach sich die Bürgen als Selbstzahler auf fünf Jahre unaufkündbar verpflichten sollten, zur Unterzeichnung durch die Bürgen. Dreyfus erlangte in der That die Unterschrift der Bürgen, verweigerte aber dem Weiss die Herausgabe des Scheins, unter dem Vorgeben, dass einer der Bürgen noch nicht habe unterschreiben wollen. In der Folge war Weiss veranlasst, dem Dreyfus eine neue Stundung zu gewähren; bei dieser Gelegenheit zeigte ihm Dreyfus den Bürgschaftsschein und versprach ihm dessen Aushändigung gegen Gewährung besserer Stundungsbedingungen. Weiss wollte dem nicht entsprechen, sondern sandte an Vogel und Herter ein neues Bürgschaftsformular zur Unterzeichnung, mit der Angabe, dass infolge neuer Vereinbarung mit Dreyfus eine Erneuerung der Bürgschaft nothwendig sei. Er erklärte diess näher dahin, die vom 10. Mai 1886 datierte, auf 5 Jahre unaufkündbare Bürgschaft hätte vom 10. Mai 1891 an gekündet werden können, während durch den neuen Stundungs-

vertrag die Kündbarkeit des Capitals bis zum 1. Januar 1892 hinausgeschoben worden sei. Den Umstand, dass der alte Schein sich noch in Händen von Dreyfus befinde, verschwieg Weiss. Die Bürgen, in der Meinung, Weiss befinde sich im Besitz des alten Bürgschaftsscheines, und es handle sich in der That nur um eine Erneuerung, liessen sich zur Unterzeichnung des neuen Scheines bereit finden. Als sie nachher den wahren Sachverhalt erfuhren, klagten sie gegen Weiss auf Herausgabe des Bürgschaftsscheines. Sie machten geltend, Weiss habe sie in dem Irrthum gehalten, die alte Bürgschaft bestehe zu Recht und es handle sich um einfache Erneuerung derselben, während doch die alte Bürgschaft gar nie in Kraft getreten sei. Weiss bestritt das letztere; Dreyfus habe in seinem Namen und Auftrag die Unterschrift der Kläger auf dem ersten Schein eingeholt; damit sei die Verpflichtung der Kläger perfekt geworden; der Umstand, dass Dreyfus den Schein in Handen behalten, sei für die Haftung der Kläger bedeutungslos.

Das Civilgericht verurtheilte den Beklagten zur Herausgabe des Scheines an die Kläger.

Motive: Nach den beidseitigen Parteibehauptungen steht fest, dass der neue Bürgschaftsschein von den Klägern unterzeichnet wurde zum Zweck der Erneuerung der alten als giltig vorausgesetzten Bürgschaft. Bestand diese letztere zu Recht, so ist auch die Erneuerung als giltig zu betrachten; im entgegengesetzten Falle muss der zweite Schein wegen wesentlichen Irrthums der Kläger nach Art. 18/19 O.R. als für sie unverbindlich dahinfallen.

Es ist nun aber in der That die erste Bürgschaft nicht perfect geworden. Nach Art. 489—491 O. R. entsteht die Bürgschaftsverpflichtung dadurch, dass der Bürge sich gegenüber dem Gläubiger in schriftlicher Form verbindlich erklärt, für die Erfüllung der Verpflichtung des Hauptschuldners einzustehen Die schriftliche Erklärung gegenüber dem Gläubiger setzt voraus die Uebergabe der betreffenden Urkunde an den Creditor oder dessen Beauftragten. Dreyfus war nun keineswegs der Beauftragte des Beklagten, sondern er war der Hauptschuldner, welcher die Bürgschaft der Kläger beizubringen versprochen hatte und im eigenen, nicht im Interesse des Beklagten die Unterschrift der Kläger einholte. Solange Dreyfus dem Beklagten den unterzeichneten Schein nicht aushändigte, war die Erklärung der Bürgschaft dem Creditor gegenüber noch nicht vollzogen und die Bürgschaft noch nicht perfekt. An dieser Thatsache kann der Umstand,

dass Dreyfus dem Beklagten in vertragswidriger Weise den Schein vorenthielt, nichts ändern.

Die Unterzeichnung des zweiten Scheines wäre also keine Erneuerung eines bestehenden, sondern die Begründung eines neuen Bürgschaftsverhältnisses, und da letzteres nicht in der Absicht der Parteien lag, vielmehr die Kläger nur im wesentlichen Irrthum über den Charakter des durch ihre Unterschrift abgeschlossenen Rechtsgeschäftes ihren Consens ertheilt haben, da ferner die in Art. 28 O.R. festgesetzte einjährige Anfechtungsfrist nicht überschritten ist, so muss der Schein als ungültig den Klägern zurückgegeben werden.

---

71. *Haftpflicht einer Gemeinde als Eigenthümerin eines Werkes im Sinne des Art. 67 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes v. 20. April 1888 i. S. Sulzer c. Stadt Winterthur.

In der Nacht vom 23. auf den 24. März 1887 schwoll die Eulach plötzlich an; in Folge dessen lief der Eulachkanal in Winterthur über das Ufer, das Wasser drang in den Keller der Klägerin und richtete hier beträchtlichen Schaden an. Die Klägerin belangte dafür in erster Linie die Stadtverwaltung Winterthur als Eigenthümerin des Eulachkanals, die Ursache der Ueberschwemmung und somit des Schadens in der mangelhaften Anlage der Stadtfalle erblickend, mittelst welcher der Einlauf des Eulachwassers in den Kanal regulirt wird. Die Klage wurde von beiden Instanzen grundsätzlich gutgeheissen. Die Appellationskammer führte aus, dass die Ursache des Schadens in der That in der mangelhaften Anlage der im Eigenthum der Gemeinde Winterthur stehenden Stadtfalle gefunden werden müsse, und erklärte die Beklagte auf Grund des Art. 67 O. R. haftbar. Die erste Instanz hatte lediglich auf Art. 50 in Verbindung mit Art. 62 und 64 O. R. abgestellt. In den zweitinstanzlichen Erwägungen heisst es: Zwar treffen die von der ersten Instanz angeführten Gesetzesbestimmungen nicht zu, denn es handelt sich hier nicht um gewerbliche Verrichtungen öffentlicher Beamter oder Angestellter, bei deren Ausübung Jemandem Schaden zugefügt worden ist, wohl aber trifft zu Art. 67. Dass unter einem „Werke“ auch eine Wasserleitung, ein Kanal, eine Schleuse oder Falle zu verstehen ist, unterliegt keinem Zweifel, und dass der Staat oder die Gemeinde, welche Eigenthümerin eines solchen Werkes ist, gerade so haftet wie jeder Private,

dürfte in Ermangelung einer die Haft des Staates oder der Gemeinde in dieser Richtung beschränkenden Gesetzesbestimmung ebenfalls ausser Zweifel stehen.

---

72. *Compensation. Inadmissibilité dans la procédure en exécution d'un jugement définitif. Art. 131 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 16 avril 1889 d. l. c. Gétaz c. Lévy.

P. Gétaz a pratiqué une saisie mobilière générale au préjudice de A. Lévy, pour parvenir au paiement de la somme de fr. 234. 40 qui lui est dûe pour montant d'un état de frais réglé ensuite d'un jugement rendu contre L. par le président du Tribunal d'Aubonne. Lévy a fait opposition à cette saisie, et a opposé, entr'autres, l'exception de compensation comme étant créancier de G. du montant d'un billet de fr. 800. Le Tribunal a écarté ce moyen d'opposition.

Motifs: Considérant que bien que l'art. 131 C. O. admette la compensation de deux créances, alors même que l'une d'elles est contestée, il n'en résulte point que le débiteur au préjudice duquel est pratiquée une saisie en vertu d'un jugement exécutoire, puisse opposer la compensation en se fondant sur une créance dont il serait porteur vis-à-vis du créancier saisissant;

Que si l'exception de compensation peut être soulevée dans le procès au fond, on ne saurait dire qu'elle puisse être opposée dans la procédure en exécution d'un jugement définitif;

Attendu que la procédure en exécution des jugements est réglée par les lois cantonales et que l'entrée en vigueur du Code fédéral des obligations ne saurait avoir eu pour effet de modifier les dispositions de procédure des législations cantonales.

---

73. *Transport de voyageurs par chemin de fer. Obstacle passager de force majeure; action en restitution. Art. 145 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 28 févr. 1889 d. l. c. Henneberg et Goss c. Cie. P.-L.-M.

Henneberg et Goss ont pris chacun un billet circulaire première classe, Genève-Italie, via Vintimille aller, via Modane retour; lorsqu'ils se trouvèrent sur le point de revenir à Genève, le service subit une interruption entre Turin et

Modane, produite par l'abondance des neiges; ils crurent donc devoir prendre la ligne du Gothard, et ils réclament à la défenderesse, soit le prix du parcours non effectué, soit les dépenses que ce retard aurait nécessitées. — Le Tribunal les a déboutés de leurs conclusions.

Motifs: Vu l'art. 145 C. O.;

Attendu que l'obligation s'éteint lorsque, par suite des circonstances non imputables au débiteur, il devient impossible de l'exécuter; que, dans ce cas, s'il y a contrat bilatéral, le débiteur est tenu de restituer ce qu'il a déjà reçu de l'autre partie;

Attendu qu'il y aurait donc lieu à restitution par le P.-L.-M. de ce qu'il a touché des demandeurs pour le parcours non effectué, si vraiment il était devenu impossible de le faire; que tel n'a pas été le cas, en l'espèce; que ce parcours a seulement été empêché par une circonstance de force majeure pendant un très petit laps de temps; qu'on ne saurait donc assimiler cet empêchement momentané aux empêchements définitifs, dont MM. Schneider et Fick donnent quelques exemples dans leur commentaire;

Attendu que le cas de force majeure domine aussi bien le transporteur que les voyageurs; que, pour les uns et les autres, les désagréments qui en résultent, tout certains qu'ils soient, ne sauraient donner action contre leur partie adverse, laquelle ne peut en être ni de près ni de loin responsable; que, dans de telles circonstances, Henneberg et Goss, auxquels leur transport Turin-Genève n'a nullement été refusé, devaient attendre pour le faire, le moment où l'empêchement naturel signalé aurait disparu; que, n'ayant pas procédé ainsi, ils se trouvent exactement dans la position de quelqu'un qui a pris un billet pour un parcours et un jour déterminés, et qui volontairement n'exécute pas ce parcours; que, dans un cas pareil, la prestation du chemin de fer n'a pas été faite et que, néanmoins, le prix de cette prestation lui est acquis, parce que cette non-exécution ne résulte nullement de la faute du transporteur.

---

74. *Conventionalstrafe. Wahlrecht zwischen derselben und Vertragserfüllung. Art. 179 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 2. April 1889 i. S. Meisser c. Christen.

Der Comestibleshändler Christen in Basel hatte im Jahre 1882 dem E. Meisser sein in Davos betriebenes Comestibles-

geschäft verkauft und sich gleichzeitig verpflichtet, bei Conventionalstrafe von Fr. 10,000, dem Käufer keine Concurrenz weder durch Gründung eines gleichartigen Geschäfts in Davos noch durch Waarenlieferungen von Basel aus an Davoser Hotels zu machen. Dieser letzteren Verpflichtung wurde von ihm in der Folge stark zuwidergehandelt, und auf Klage des Meisser verurtheilte ihn das Civilgericht Basel und übereinstimmend das Appellationsgericht zur Zahlung der Conventionalstrafe von Fr. 10,000. Die Urtheile stehen in dieser Revue V Nr. 33 (S. 44). Nach Bezahlung der Summe hielt sich Christen vom Concurrenzverbote gelöst und nahm den Handel mit Davos in grösstem Umfang wieder auf. Meisser bestritt ihm das Recht hiezu, weil nach dem Sinne des Vertrags das Concurrenzverbot ein absolutes sein und dem Christen nicht das Recht eingeräumt werden sollte, die durch den Vertrag mit dem Geschäft an Meisser verkaufte Kundschaft für die Conventionalstrafe von Fr. 10,000 wieder an sich zu bringen. Er erhob daher neuerdings Klage mit dem Begehren, dass dem Beklagten untersagt werde, nach Davos direct oder indirect Artikel seines Handels zu liefern, und dass er zu abermaliger Bezahlung von Fr. 10,000 verurtheilt werde. Das Civilgericht wies aber die Klage ab.

Motive: Nach Art. 179 Ziff. 1 O. R. steht es, wenn für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages eine Conventionalstrafe versprochen worden, in der Regel beim Gläubiger, nach seiner Wahl entweder die Erfüllung oder die Strafe zu fordern; eine Cumulation ist demnach ausgeschlossen, vorbehalten natürlich anderweitige Vereinbarung der Parteien. Hiemit steht nicht im Widerspruch Ziff. 3 des citierten Art. 179 O. R.; es ist hier der besondere Fall einer anderweitigen Vereinbarung vorgesehen, dass es nämlich den Contrahenten unbenommen bleiben soll, das Wahlrecht dem Schuldner einzuräumen; keineswegs darf aber aus dieser Bestimmung per argumentum a contrario geschlossen werden, dass der Gläubiger präsumtiv das Recht auf Erfüllung des Vertrags und Zahlung der Strafe haben solle. Es würde dies der Bestimmung in Ziff. 1 des Art. 179 direct widersprechen.

Wenn der Kläger behauptet, der Wille der Parteien bei Vertragsabschluss sei dahin gegangen, ihm dieses doppelte Recht auf Erfüllung und zugleich auf Strafe einzuräumen, so hat er dies genau nachzuweisen. Es liegt aber für eine solche Annahme nicht das Mindeste vor; im Gegentheil sprechen Wortlaut und Sinn des Vertrags speciell in der

Bestimmung über das Concurrenzverbot gegen die Annahme einer solchen Cumulation. Durch Einklagung der Conventionalstrafe hat nun Kläger sein Wahlrecht ausgeübt, und die Verpflichtung des Beklagten ist auf Zahlung derselben fixirt worden. Mit Zahlung der Conventionalstrafe ist daher jede weitere Verpflichtung des Beklagten hinsichtlich des ihm auferlegten Concurrenzverbotes dahingefallen.

---

75. *Droit de rétention. Applicabilité vis-à-vis d'une faillite. Conformité au droit de gage. Art. 225 s. C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 14 mars 1889 d. l. c. Matthey c. veuve Brolliet et fils.

Par lettre en date du 25 août 1888, Matthey a remis à veuve Brolliet et fils un billet de change au montant de 2,000 frs., à l'échéance du 10 septembre 1888, avec mission d'en opérer l'encaissement et de faire, avec le montant de ce billet, certains paiements. Quelques jours après, M. a été déclaré en faillite, et le syndic de la faillite a revendiqué la propriété de l'effet et a demandé l'annulation de la remise qui en a été faite, comme étant intervenue pendant les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements. Les défendeurs eux-mêmes créanciers du failli, invoquent, entr'autres et subsidiairement, un droit de rétention sur cet effet. Le Tribunal de commerce a débouté les défendeurs de leurs conclusions, quant au droit de rétention par les motifs suivants:

Attendu que le droit de rétention, lorsque le débiteur est en faillite, s'applique, même abstraction faite des règles tracées en l'art. 225, en tant que la dite faillite n'a eu lieu qu'après la remise de la chose au créancier;

Attendu que pour cette remise, tel est bien le cas en l'espèce; que cependant l'acte pour lequel elle a été opérée, étant, aux termes de la loi cantonale sur les faillites, absolument nul, puisqu'il constitue, en réalité, pour les défendeurs, un paiement de dette échue postérieurement à la déclaration de faillite, il n'est pas admissible que légalement on puisse baser sur les prémisses de cet acte irrégulier, soit sur la remise du billet, un autre droit qui sauvegarderait les intérêts des défendeurs mieux que ceux des autres créanciers de la masse; qu'admettre le contraire ne serait pas équitable; qu'en outre, ce serait violer l'art. 446 § 4 (de la loi cant. sur les faillites), qui invalide pour dettes antérieurement

contractées, les nantissements faits depuis l'époque de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée;

Attendu que, quoique le droit de rétention soit quelque peu différent, en particulier quant à son origine, du droit de gage, il n'est pas moins semblable à ce dernier pour ses résultats; que l'un et l'autre aboutissent, après un avertissement préalable, à la réalisation de l'objet sur lequel ils portent, au profit de celui qui l'a en mains; que, par conséquent, c'est à juste titre que l'on peut affirmer qu'ils sont tous deux interdits dans la période, plus haut indiquée, par le § 4 de l'art. 446 déjà cité.

---

76. *Kauf von Inhaberpapieren. Nachwährschaftsklage des Käufers vom Gesichtspunkte der Gewährleistung des Verkäufers für thatsächliche Mängel der Kaufsache (Art. 243 O. R.) und vom Gesichtspunkte der Gewährleistung desselben für das veräusserte Recht (Art. 235 O. R.).*

Zürich. Entscheid des Kassationsgerichtes v. 10. April 1889 i. S. Walker c. Bernhardt.

W. kaufte am 1. Oktober 1887 von B. zwei von der in Paris sesshaften Gesellschaft des Panamakanals ausgestellte Obligationen auf den Inhaber. Bei dem Versuche des Käufers, dieselben durch den Crédit Lyonnais weiter zu verkaufen, stellte sich heraus, dass dieselben gemäss dem französischen Gesetze vom 15. Juni 1872 betreffend die Inhaberpapiere mit Beschlag belegt worden waren (frappées d'opposition) und demgemäss von dem zuständigen Gerichte der Schuldnerin Zahlung von Kapital und Zinsen einstweilen untersagt und schon vor dem 1. Oktober 1887 die Einsprache gegen Zahlungen an den Inhaber in dem gemäss Decret vom 10. April 1873 erscheinenden Verzeichnisse der mit Beschlag belegten Inhaberpapiere bekannt gemacht worden war. Diese Massregel war geschehen auf das Vorbringen des Kellners Joseph Rey in Paris, dass die fraglichen Papiere wider seinen Willen aus seinem Besitze gekommen seien.

W. erhob hierauf gegen B. beim Handelsgerichte die Wandelungsklage unter Anrufung der gesetzlichen Bestimmungen über Gewährleistung des veräusserten Rechtes und Nachwährschaft wegen Mängel der Kaufsache (Art. 229, 235 und 243 O.R.).

Das Handelsgericht wies die Klage ab, im wesentlichen mit folgender Begründung:

Es sei daran festzuhalten, dass Art. 243 des O.R. körper-

liche Eigenschaften und Mängel von Waaren im Auge habe; solche Fehler kommen aber hier nicht in Frage. Gegenstand des Kaufvertrages sind die in den beiden Obligationen verkörperten Forderungen auf die Panamakanal-Gesellschaft, an Forderungen sind aber nur rechtliche Mängel gedenkbar. Der den fraglichen Panamaobligationen anhaftende Mangel soll darin bestehen, dass der Geltendmachung der in ihnen verkörperten Forderungen, d. h. dem Bezuge verfallener Zins- und Kapitalzahlungen und der Möglichkeit der Weiterveräusserung, ein der Panamagesellschaft angelegtes Zahlungsverbot entgegen stehe. Allein hieraus folgt nicht eine fehlerhafte Beschaffenheit der Werthtitel an sich bezw. der durch sie dargestellten Forderungsrechte, sondern es ist durch den Umstand, dass die Schuldnerin die Zahlung der verfallenen Coupons verweigert, bezw. durch einen Dritten an der Zahlung gehindert wird, sowie dass Käufer die Titel nicht mehr gutgläubig auf den Markt bringen kann, lediglich eine Störung im Genusse des veräusserten Rechtes eingetreten. Die Mangelhaftigkeit ist nicht in der veräusserten Kaufsache, sondern in der rechtlichen Lage des Käufers zu suchen, der die Titel nicht wie ein Eigenthümer haben und geniessen kann. Es kann sich also nur fragen, ob der Verkäufer die ihm gemäss Art. 229 O.R. obliegende Verpflichtung, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben, erfüllt hat oder nicht.

Der mit Art. 229 in Verbindung stehende Art. 235 des O.R. bestimmt, der Verkäufer habe dafür Gewähr zu leisten, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, die schon zur Zeit des Verkaufes bestanden haben, dem Käufer den Kaufgegenstand ganz oder theilweise entziehe. Eine Entwehrung des Käufers ist aber nach dem schweiz. O. R., abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Falle des bösgläubigen Erwerbes von Sachen oder Inhaberpapieren, rechtlich nur möglich bei gutgläubigem Erwerbe gestohlener und verlorener Sachen und Inhaberpapiere (Art. 205 und 206 O. R.). Erweist sich die Behauptung des Klägers, dass die Titel gestohlen seien, als richtig, so ist ganz klar, dass sowohl nach französischem Rechte (Art. 2279 C. C.) als nach Art. 206 O. R. der Bestohlene das Eigenthumsrecht nicht verloren hat, dass der Beklagte also nicht Eigenthümer der streitigen Titel geworden ist und Eigenthum an denselben nicht hat übertragen können. In diesem Falle wäre die Gewährspflicht des Beklagten zweifellos begründet.

Umgekehrt kann der Kläger gestützt auf die Thatsache

allein, dass er durch die von Joseph Rey ausgewirkte und publicirte „Opposition“ in Gemässheit des einschlägigen französischen Gesetzes vom 15. Juni 1872 am Zinsengenuss und an der Weiterveräusserung gehindert ist (Art. 2 und 12), mit dem Nachwährschaftsanspruche nicht aufkommen, denn der Verkäufer ist nicht gehalten, dem Käufer für eine Störung im Besitze der verkauften Sache oder im Genusse des veräusserten Rechtes einzustehen, die ein Dritter aus zwar zur Zeit des Kaufes vorhandenen, aber nicht zu Recht bestehenden Gründen bewirkt hat. Die Gewährspflicht ist vielmehr an die Voraussetzung geknüpft, dass die Störung aus einem Grunde erfolgt ist, welcher den Dritten hiezu berechtigt hat. Selbstverständlich hat der Kläger für die Berechtigung des Dritten zur Auswirkung des Zahlungsverbotes als für eine Voraussetzung der Nachwährschaftspflicht den Beweis zu übernehmen. Er hatte also darzuthun, dass die Papiere dem Ansprecher (Rey) ohne dessen Willen abhanden gekommen seien, dass dieser sie verloren habe oder dass sie ihm gestohlen worden seien, denn hat sich der Ansprecher derselben freiwillig entäussert (das wurde vom Beklagten behauptet), so kann der dritte Besitzer der Titel die auf unrichtige Angaben hin erwirkte Beschlagnahme mit Erfolg anfechten und vom französischen Richter Aufhebung derselben verlangen (Art. 1 und 12 des Gesetzes vom 15. Juni 1872). Fragt man sich nun, ob der Beweis dafür, dass die fraglichen Titel dem Joseph Rey entwendet worden seien, erbracht sei, so muss man an Hand der Akten zur Verneinung dieser Frage, mithin zur Abweisung der Klage kommen.

Gegen diesen handelsgerichtlichen Entscheid erhob der Kläger Nichtigkeitsbeschwerde und führte u. A. an, derselbe verstosse gegen klares Recht, nämlich gegen die Bestimmungen des Art. 229, 235 und 243 O. R. Das Kassationsgericht trat aber dieser Ansicht nicht bei. Es führte zunächst aus, dass von einem Widerspruche mit Art. 243 O. R. keine Rede sein könne, weil der Gegenstand des Kaufes nicht eine Sache, sondern ein Forderungsrecht sei und unter einem Mangel der Kaufsache nur die fehlerhafte Beschaffenheit einer körperlichen Sache verstanden werden könne. Es heisst dann weiter in dem kassationsgerichtlichen Entscheide:

Wenn man aber auch ungenauer Weise desshalb, weil auf den Verkehr mit Forderungsrechten, die nur vom Besitzer einer Urkunde geltend gemacht werden können, ge-

wisse Regeln des Sachenrechtes angewendet werden, die an Inhaberpapiere geknüpften Forderungsrechte als Sachen bezeichnen wollte, so könnte man allfällig von einem Mangel der Kaufsache sprechen, wenn der Schuldner nicht zahlungsfähig wäre, nicht aber, wenn die Forderung (die sogenannte Sache) gar nicht besteht oder wenn sie mit Beschlag belegt ist. Es ist ein Denkfehler, wenn man sagt, ein mit Beschlag belegtes Inhaberpapier sei nicht marktgängig, gerade wie es ein Denkfehler wäre, wenn man von einer wirklich oder vermeintlich gestohlenen und daher mit Beschlag belegten körperlichen Sache, z. B. einem Juwel sagen würde, sie sei nicht marktgängig. Der Umstand, dass eine Sache oder eine Forderung wegen rechtlicher Anstände nicht verkäuflich ist oder nicht gebraucht, von der Forderung nicht Zins bezogen werden kann, wird unrichtigerweise als Mangel des Kaufgegenstandes bezeichnet. Es ist desshalb auch ein ungenauer Ausdruck, der auch vom Gesetze vermieden wird, wenn man von rechtlichen Mängeln des Kaufgegenstandes im Gegensatze zu thatsächlichen spricht. (Das Kassationsgericht verweist hier auf einen Entscheid des R. O. H. G. Bd. XVI. S. 22—26 und das Lehrbuch Dernburgs über das preuss. Privatrecht Bd. II. § 143, seine abweichende Ansicht betonend, insofern in denselben die Thatsache, dass die an ein Inhaberpapier geknüpften Forderungsrechte mit Beschlag belegt sind, als dem Kaufgegenstande anhängender Mangel betrachtet werde.)

Ferner sagt der kassationsgerichtliche Entscheid: Es liegt kein Widerspruch mit den Bestimmungen des Art. 229 und 235 O. R. darin, dass der Vorderrichter annimmt, der Verkäufer, der zur Zeit des Kaufgeschäftes von der Beschlagnahme der verkauften Inhaberpapiere nichts gewusst hat, habe für die dem Käufer durch die Beschlagnahme entstehende Einbusse nicht aufzukommen, wenn die Beschlagnahme sich als unbegründet erweise. Art. 229 legt allerdings dem Verkäufer die Verpflichtung auf, dem Käufer den Kaufgegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben, und wenn der Kaufgegenstand in einer an ein Inhaberpapier geknüpften Forderung besteht, so wird der Genuss des Käufers durch eine Beschlagnahme, wenn sie auch später als unbegründet sich erweist, beeinträchtigt dadurch, dass er einstweilen weder Kapital noch Zinsen beziehen noch die Forderung zum Kurswerthe verkaufen kann. Allein die aus der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer den Gegenstand zu vollem Rechte und Genusse zu übergeben, ent-

springende Gewähr ist nach Art. 235 Gewähr dafür, dass nicht ein Dritter aus Rechtsgründen, welche schon zur Zeit des Verkaufes bestanden haben, den Kaufgegenstand dem Käufer ganz oder theilweise entziehe, und nun widerspricht es wenigstens nicht dem klaren Wortlaut des Gesetzes, wenn der Vorderrichter unter bestehenden Rechtsgründen nur im Rechte begründete Ansprüche, nicht auch rechtlich erhobene Anstände versteht, zumal ja auch die dem Verkäufer auf den Fall des Auftretens eines Dritten und auf den Fall, dass dieser obsiege, nach Art. 230 obliegenden Verpflichtungen zur Voraussetzung haben, dass schliesslich der Rechtsanspruch des Dritten Anerkennung finde.

---

77. *Bail à loyer. Sens des mots „ou autres analogues" de l'art. 281 C. O. Congé régulier. Art. 281 et 290 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 4 février 1889 d. l. c. Taponnier et Cie c. Soutter, Goss et Zoppino.

En 1884, Taponnier et Cie. avaient loué de Ferrier un local dans sa maison; en 1888, Ferrier a vendu cette maison à S., G. et Z., qui ont donné congé à T. et Cie. pour le 15 avril 1889, par exploit du 1er novembre 1888. T. et Cie. ont protesté contre ce congé et ont assigné les intimés devant le tribunal, pour en entendre prononcer la nullité. Ils font valoir: 1. que le bail étant enregistré ne peut être rompu par la vente de l'immeuble; 2. que le congé n'est pas conforme aux délais prévus par les art. 281 et 290 C. O. La Cour a rejeté la première conclusion, mais a adopté la seconde et déclaré nul le congé signifié par exploit du 1er novembre.

Motifs: I. Attendu que l'art. 281 C. O., qui décide que si, pendant la durée du bail, le bailleur aliène la chose louée, le preneur n'a pas le droit d'exiger du tiers détenteur la continuation du bail, ajoute: „Il n'est pas dérogé par le présent article aux effets particuliers de l'inscription du bail sur les registres fonciers, hypothécaires ou autres analogues, tels qu'ils peuvent être réglés par le droit cantonal;"

Que le principal et le plus sérieux argument apporté par les demandeurs en faveur de leurs prétentions, consiste à dire que c'est à la suite de la proposition, faite par la députation genevoise au Conseil des Etats, d'ajouter les registres de l'enregistrement aux registres fonciers et hypothécaires mentionnés dans le projet du Code, que les mots „et autres analogues", qui n'existaient pas dans le dit projet, furent ajoutés dans le texte définitiv de l'art. 281;

Attendu que des comptes-rendus de journaux, rapportant la discussion à laquelle cette proposition a donné lieu au Conseil des Etats, produits par T. et Cie. à defaut de procès-verbaux, il résulte que, par une première votation, le Conseil des Etats avait admis la manière de voir de la députation genevoise et adopté sa proposition conçue en ces termes: „Sont réservés les effets particuliers de l'enregistrement, de l'inscription des baux sur les registres fonciers, hypothécaires ou autres"; mais que, presque immédiatement, sur la proposition d'un député, le Conseil des Etats est revenu sur sa décision et a renvoyé la proposition de la députation genevoise à une commission afin que celle-ci pût examiner ce que sont les registres de l'enregistrement; qu'en définitive le Conseil des Etats, au lieu de mentionner l'enregistrement concurremment avec l'inscription des baux sur les registres fonciers et hypothécaires, ajouta simplement à la mention de ces registres les mots „ou autres analogues", voulant évidemment dire par là qu'il fallait que ces autres registres fussent analogues aux registres fonciers ou hypothécaires, c'est-à-dire que, comme eux, ils fussent publics et qu'ils conférassent aux baux le caractère de droits réels sur l'immeuble, ce que ne fait pas l'enregistrement;

Attendu que les textes allemand et italien du Code des Obligations, qui mentionnent expressément la condition de la publicité des registres, que le législateur a entendu assimiler aux registres fonciers et hypothécaires dans l'art. 281, ne peuvent laisser aucun doute à cet égard;

Qu'on doit donc décider que le législateur fédéral n'a pas entendu conférer à l'enregistrement du bail les mêmes effets qu'à son inscription sur les registres fonciers ou hypothécaires.

II. Attendu qu'aux termes de l'art. 281 § 2 C. O., l'acquéreur ne peut expulser le preneur qu'à la condition d'observer les délais prescrits à l'art. 290, et qu'aux termes de cet article, s'il s'agit d'appartements non meublés ou de bureaux ....., le congé ne peut être donné que pour le plus prochain terme fixé par l'usage local, et, à défaut d'usage, pour la fin d'un terme de six mois; dans les deux cas, moyennant un avertissement préalable de trois mois;

Attendu qu'il est constant qu'en l'espèce, les termes de six mois tombaient sur le 31 janvier et le 31 juillet;

Que, par suite, les intimés devaient, pour donner un congé régulier aux locataires, leur signifier ce congé assez tôt pour qu'un délai de trois mois pleins s'écoulât entre la signification du congé et l'échéance du terme;

Qu'en signifiant le congé le 1er novembre seulement, alors que l'échéance du plus prochain terme de six mois tombait sur le 31 janvier suivant, les intimés n'ont pas donné aux demandeurs un avertissement préalable de 3 mois et n'ont pas observé les prescriptions de l'art. 290;

Que, par suite, ce congé doit être déclaré nul;

Attendu qu'il est sans importance que le congé n'ait été donné que pour le 15 avril;

Qu'en effet ce délai ultérieur, qui n'ôterait aucune valeur au congé si ce dernier avait été donné en conformité des dispositions de l'art. 290, ne saurait avoir pour effet de le rendre valable lorsque ces dispositions n'ont pas été observées.

---

78. *Dienstvertrag. Anspruch des Angestellten auf die Zahlung des Salars bei ungerechtfertigter Entlassung. Art. 346 O. R.*[1]).

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 6. April 1888 i. S. Welkhamer c. Papierfabrik Perlen.

Kläger trat bei der Beklagten auf die durch briefliche Correspondenz fixierten Bedingungen in Dienst als Büreauchef. Bald darauf ergaben sich Anstände, in Folge deren die Beklagte dem Kläger die Fortsetzung seiner dienstlichen Functionen untersagte. Der letztere klagte nun Fr. 3000 als Jahresgehalt und Fr. 2000 als Schadenersatz ein. Die Bekl. bestritt, dass überhaupt ein Anstellungsvertrag zu Stande gekommen sei, es sei bei Vorverhandlungen geblieben und die definitive Einigung sei nicht erfolgt. Die erste Instanz nahm aber an, dass die briefliche Correspondenz den Abschluss eines festen Dienstvertrags enthalte, und zwar zu Fr. 2800 sicherer Jahreseinnahme mit halbjähriger Kündigung. Somit sei Bekl. zur Bezahlung eines Halbjahrlohnes (Fr. 1400) verpflichtet. Die Schadenersatzforderung dagegen sei unbegründet. Der Kläger appellierte, die Beklagte begnügte sich mit dem Begehren der Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils, das Obergericht sprach dem Kläger einen Jahresgehalt von Fr. 2800 zu und hielt die Abweisung des weiteren Schadenersatzbegehrens aufrecht.

Die Motive, davon ausgehend, dass die Bekl. durch Anerkennung des erstinstanzlichen Urtheils das Zustandekommen eines festen Vertrags und das Recht des Klägers, die Erfüllung des Vertrages zu fordern, anerkannt habe,

---

[1]) Vgl. oben Nr. 62 und besonders die Anm. 2 auf S. 90.

sagen über diesen zweiten Punkt: Es erscheint das Urtheil nach dieser (zweiten) Richtung auf Grundlage des gegebenen Streitverhältnisses auch als materiell richtig. Der Kläger hat auf Grundlage des Anstellungsvertrages einfach auf Bezahlung des Jahresgehaltes geklagt, der ihm diesem Vertrage gemäss gebühre, und diesem Begehren hat die Beklagte darauf gestützt widersprochen, dass ihrer Behauptung gemäss der vorgeschützte Vertrag und daher auch ein Recht des Klägers auf den behaupteten Gehalt gar nicht bestanden habe und nicht bestehe. Es handelt sich daher lediglich darum, ob und was die Beklagte an den Kläger aus Grund des nach Massgabe des erstinstanzlichen Urtheils nun als perfekt anzusehenden Vertrages zu leisten habe; die hier in Rede stehende klägerische Forderung ist nicht eine Entschädigungsforderung, sondern lediglich eine Klage auf vertragsgemässe Leistung. Es liegt demnach insbesondere auch nicht ein Fall im Sinne des Art. 346 des O. R. vor; die Beklagte hat sich im Prozesse nie darauf berufen, dass (eventuell) Gründe zur vorzeitigen Aufhebung des in seinem Bestande von ihr (in erster Linie) gar nicht zugegebenen Anstellungsvertrages vorgelegen seien. Noch weniger kann es sich hier um die Frage des Schadenersatzes nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 110 ff. O. R. handeln; denn eben das liegt in Frage, ob die Beklagte dem Vertrage gemäss zu erfüllen habe; ihre daherige Verpflichtung geht primär auf eine Geldleistung, welche als solche erfüllt werden muss und immer erzwungen werden kann.

Es besteht nun freilich die Erwägung, dass die Verpflichtung der Beklagten als die Gegenleistung für vom Kläger zu leistende Dienste sich darstellt, Dienste, welche der letztere thatsächlich nicht geleistet hat, weil die Beklagte sie nicht wollte. Allein das ist gleichgültig; es war Sache der Beklagten, die Leistung des Klägers anzunehmen oder nicht; that sie das nicht, so muss sie sich eben gefallen lassen, ihre Gegenverpflichtung zu erfüllen, ohne die Leistung selbst erhalten zu haben. Dass die Folgen des Verzuges des Dienstherrn in Annahme der Dienste gesetzlich auch anders geordnet werden möchten, bleibt allerdings nicht zu bestreiten, das Gesetz über das O. R. hat indessen das nicht gethan. Wenn freilich auch der letzte Satz des Art. 346 cit. ganz allgemein die Bestimmung der „ökonomischen Folgen einer vorzeitigen Auflösung“ dem freien richterlichen Ermessen anheimgibt, so führt doch der Zusammenhang, in welchem die Stelle eingereiht ist, nothwendig dazu, sie nur

von der vorzeitigen Aufhebung eines Dienstvertrages aus wichtigen Gründen zu verstehen, um was es sich hier, wie bereits bemerkt, nicht handelt.

Wenn dann aber die erste Instanz als nicht erwiesen betrachtet hat, dass der Kläger in einem Jahresengagement angestellt gewesen sei, so kann dem hierorts nicht beigepflichtet werden. Der hauptsächlich massgebende beklagtische Brief vom 20. Februar 1886 lässt darüber vollends keinen Zweifel aufkommen. Darin wird der Gehalt fest für ein Jahr bestimmt und ebenso die dem Kläger ausgesetzte Prämie. Die Kündigungsfrist wurde auf ein halbes Jahr bestimmt, was ja doch nur für den Fall Sinn haben konnte, dass mindestens ein Jahr vom Dienstantritte an der Vertrag dauern solle. Aus den sämmtlichen Unterhandlungen, welche zwischen den Parteien gewaltet haben, geht nichts Anderes als Parteiwille hervor und die Beklagte selbst hat eventuell auch nicht eine kürzere Anstellungsdauer behauptet. Dem Kläger ist daher ein ganzer Jahresgehalt zuzusprechen.

Die weiter gestellte Entschädigungsforderung ist abzuweisen. Die Beklagte hat sich dem Kläger gegenüber zu nichts Weiterem verpflichtet als zu einjähriger Anstellung gegen bestimmte Leistungen von seiner Seite; nur hierauf kommt dem Kläger ein Rechtsanspruch zu. Hat er bei Eingehung des Anstellungsverhältnisses auf eine längere Dauer desselben gehofft, so hat es die Beklagte offenbar nicht zu verantworten, wenn er aus dem Fehlschlagen dieser Hoffnung noch weiter in Schaden gekommen sein sollte.

---

79. *Faillite d'une société anonyme non inscrite au registre du commerce. Art. 623 C. O. Convention franco-suisse du 15 juin 1869, Art. 6 et 15.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 7 mai 1889 d. l. c. Société laitière de l'Est en faillite c. Genoud et consorts.

En 1882 il a été fondé une société anonyme sous la raison commerciale „Société laitière de l'Est, compagnie franco-suisse". Elle avait son siège social à Besançon et deux établissements en Suisse, dont l'un à Avenches. Le dit établissement n'a pas été inscrit au registre du commerce, malgré les démarches faites par les autorités compétentes pour provoquer cette inscription. Par jugement du 5 février 1889, du Tribunal de commerce de Besançon, la société a été déclarée en faillite. Ce jugement a été soumis au Conseil d'Etat du canton de Vaud qui en a permis l'exécution dans

le canton sous réserve du droit de recours prévu à l'art. 17 de la convention franco-suisse du 15 juin 1869. Puis le syndic de la faillite s'est présenté à l'audience du président du tribunal d'Avenches, demandant la mise à exécution effective dans le canton de Vaud du jugement déclaratif de faillite, la publication de l'avis de faillite, la prise d'inventaire, la remise au syndic des biens que la société pourrait posséder dans le canton, afin d'être vendus et le prix réparti conformément aux règles fixées par la convention franco-suisse.

Plusieurs créanciers se sont opposés à cette demande et ont conclu au rejet des requêtes présentées par le syndic, estimant que les tribunaux vaudois ne sauraient connaître la compagnie franco-suisse, qui n'est pas inscrite en Suisse au registre du commerce. Le Président du Tribunal du district d'Avenches a écarté les requêtes du syndic et ordonné la liquidation juridique des biens de cette société, biens situés dans le canton de Vaud, pour être traitée dans les formes de la procédure vaudoise, sous la direction d'un liquidateur nommé par le Président et sous la surveillance de l'office du Tribunal de district, sous réserve que les prétentions des créanciers et le produit des ventes mobilières et immobilières, après paiement des privilèges, seront transmis au syndic de la masse, à Besançon, conformément à l'art. 6 de la convention du 15 juin 1869. Les parties ont recouru en réforme contre ce prononcé, et le Tribunal cantonal a écarté les requêtes du syndic et réformé le prononcé du Président du Tribunal d'Avenches, en ce sens que l'ordonnance de faillite de la succursale à Avenches est révoquée.

Motifs: Considérant que l'établissement d'Avenches ne peut être envisagé comme simple usine, mais qu'il doit être considéré comme une véritable succursale de l'établissement principal;

Considérant qu'aux termes de l'art. 623 C. O., la société anonyme n'acquiert la personnalité civile que par l'inscription au registre du commerce, et que suivant l'art. 624 du même code, si la société a des succursales, elles doivent être inscrites sur le registre du lieu où elles sont établies, avec référence à l'inscription concernant l'établissement principal.

Considérant que la société laitière de l'Est ne s'est pas fait inscrire au registre du commerce en Suisse et que, dès lors, elle n'a pas acquis la personnalité civile et que sa succursale d'Avenches n'a ainsi pas d'existence légale dans le canton de Vaud et ne peut être mise en faillite;

Considérant que, dans cette situation, l'art. 6 de la

convention franco-suisse n'est pas applicable, la société laitière de l'Est n'ayant aucun établissement de commerce en Suisse dans le sens juridique du mot;

Considérant qu'aux termes de l'art. 623 C. O. ceux qui ont agi au nom d'une société avant que l'inscription au registre du commerce ait été opérée, sont personnellement et solidairement responsables;

Considérant que cette règle est évidemment applicable aux succursales qui doivent être inscrites au registre du commerce;

Que les créanciers suisses ont dès lors le droit d'exercer des poursuites contre les biens de ceux qui ont agi au nom de la succursale d'Avenches de la société laitière de l'Est.

---

80. *Raison sociale. Droit de choisir la raison d'une société dissoute. Art. 868 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 11 janvier 1889 d. l. c. Ditisheim c. Ditisheim.

Maurice Ditisheim et ses deux frères s'étaient associés à La Chaux-de-Fonds sous la raison sociale *Ditisheim frères.* Cette société fut liquidée et Maurice D. fut autorisé par ses anciens associés à continuer le même genre de commerce sous la raison sociale *Maurice Ditisheim, successeur de Ditisheim frères.* Un autre Ditisheim, du prénom de Léopold, était aussi établi à la Chaux-de-Fonds, sous la raison *L. Ditisheim.* A sa mort, ses fils Boniface et Isaac ont repris la suite de ses affaires sous la raison *Ditisheim frères.* Maurice D. a introduit son action contre B. et I. D. en alléguant qu'ils prennent sans droit le nom de Ditisheim, tandis qu'ils s'appellent Dietesheim, qu'ils accaparent la raison sociale du demandeur et cela dans un but dolosif, d'où il conclut à ce que le tribunal interdise à B. et I. D. l'usage de cette raison et les condamne à une indemnité de 3,000 frs. Les défendeurs ont soutenu que la société de Maurice D. et ses frères a été dissoute et en conséquence la raison Ditisheim frères a cessé d'exister; donc eux, les défendeurs, ont été dans leur droit de choisir une raison qui n'appartenait à aucune maison. Le Tribunal cantonal a donné gain de cause aux défendeurs.

Motifs: Attendu que les défendeurs ont justifié que leur nom de famille était Ditisheim et non Dietesheim;

Que, lorsqu'ils se sont associés sous la raison Ditisheim frères, la maison portant cette raison s'était dissoute;

Que le droit qu'avait cette maison à cette raison sociale s'est éteint avec la maison même;

Qu'au moment où Boniface et Isaac Ditisheim ont fait inscrire au registre du commerce leur société sous la raison Ditisheim frères, il n'existait aucune maison de commerce sous cette raison;

Que le droit de choisir cette raison leur était donc acquis.

---

81. *Verjährung von Gültzinsen. Uebergangsbestimmung. Art. 883 Abs. 1 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 6. April 1888.

H. G. forderte von Gebr. B. die Zinse für die Jahre 1875 bis und mit 1885 im Betrag von Fr. 1142. 76 von einer auf ihrer Liegenschaft haftenden Gült. Die Beklagten, unter Anerkennung ihrer Zinspflicht für die Jahre seit 1880, bestritten dieselbe für die früheren Zinse unter der Einrede der Verjährung, und das Obergericht trat dieser Ansicht bei.

Motive: Hinsichtlich der Zinse für 1875 und 1876 ist die Verjährung nach Massgabe des kantonalen Rechts eingetreten . . . . . Bezüglich der Zinse für 1877—1879 fragt es sich, ob für die Verjährung eidgenössisches (Obligationenrecht) oder das alte kantonale Recht zur Anwendung komme. Und zwar muss diese Frage in zweifachem Sinne gestellt werden:

a) mit Rücksicht auf die Natur der Zinse als ursprünglich grundversicherte Forderungen. Art. 130 O. R. behält gegenüber den Bestimmungen über das Erlöschen der Obligationen das Recht über grundversicherte Forderungen ausdrücklich vor. Allein wenn freilich demgemäss das kantonale Recht für die Verjährung nicht nur der grundversicherten Capitalforderung, sondern auch für die daherigen Zinse Geltung behält, so lange sie grundversichert sind, so gilt das eben auch nur so lange als diese Voraussetzung zutrifft. Haben die Zinse das liegende Pfandrecht verloren, so sind sie eine gewöhnliche persönliche Ansprache geworden, und es besteht kein Grund mehr, die Verjährungsbestimmungen des Gesetzes für sie nicht zur Anwendung zu bringen. Nach § 73 des Handänderungs- und Hypothekargesetzes kommt bei gewöhnlichen Gülten neben dem Marchzinse drei verfallenen Zinsen liegendes Pfandrecht zu, es ist also dieses Pfandrecht hinsichtlich des letztern streitigen Zinses pro 1879 mit dem 24. Febr. 1881 erloschen.

b) Mit Rücksicht auf den Umstand, dass für die in Frage stehende Zinsforderung schon vor Inkrafttreten des Obligationenrechts die Verjährung nach kantonalem Rechte mit längerer gesetzlicher Verjährungszeit begonnen hatte; gemäss Art. 883 Abs. 1 O. R. kann da, wo unter dem kantonalen Rechte eine Verjährung mit längerer Verjährungsdauer begonnen hatte, dieselbe nach eidgen. Rechte mit kürzerer Verjährungszeit vollendet werden, und zwar wird auch der Zeitraum der Verjährung unter dem kantonalen Rechte ganz und nicht etwa blos nach Verhältniss auf die nach eidgenössischem Rechte geforderte kürzere Frist angerechnet. Immerhin konnte vorliegend die Verjährung nicht vollendet sein vor 1. Januar 1885.

Die Frage über die Geltung des O. R. ist daher nach keiner Richtung hin zu bejahen. Demnach ist die Verjährung aller streitigen Zinse eingetreten.

Es könnte sich noch fragen, ob die Verjährungsfrist vom Momente der Fälligkeit der Zinse oder von dem Zeitpunkte an zu berechnen sei, mit welchem jeweilen für den betreffenden Zins das liegende Pfandrecht unterging. Im angegebenen Falle ist es aber nicht nothwendig, diese Frage zu erörtern, da nach der einen wie nach der andern Berechnungsweise die Verjährung eingetreten ist.

---

82. *Accident de chemin de fer. Loi féd. sur la responsabilité des entreprises de ch. d. f. du 1er juillet 1875, Art. 1.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 7 juin 1888 d. l. c. Casassa c. Cie. du ch. d. f. Jura-Berne-Lucerne.

J. Casassa, occupé en qualité de mineur à la construction d'un tunnel entre Renan et la Chaux-de-Fonds, fut blessé grièvement aux yeux par un morceau de dynamite qui se trouvait sous son outil et qui fit explosion. Cet accident a eu pour lui les conséquences les plus graves, l'œil droit a dû être enlevé, et la vision de l'œil gauche a tellement diminué que Casassa est incapable de travailler désormais et de soutenir sa famille, qui se compose de sa femme et de deux enfants. Il réclame la somme de fr. 22,000 à titre d'indemnité pour la réparation du préjudice qu'il a souffert, tandis que la Compagnie du ch. d. f. conclut à libération par le motif que l'accident doit être imputé à un manque de vigilance de la part de C. Il a été établi dans l'instruction du procès qu'avant l'accident de C. deux autres accidents également causés par la dynamite avaient eu lieu dans le même tunnel et étaient arrivés à deux ouvriers de la même entre-

prise; que des ouvriers de l'entreprise ont, à plusieurs reprises, trouvé dans ce tunnel des morceaux de dynamite qui n'avaient pas brûlé, ou de la dynamite qui n'avait pas fait explosion au fond des trous de mines; que C. lui-même a sorti un jour d'un ancien trou de mine de ce tunnel une cartouche de dynamite qui n'avait pas brûlé; que le mineur Z. a trouvé très souvent dans les déblais des morceaux de dynamite qui n'avaient pas brûlé, et qu'il a remarqué qu'il y avait des coups qui n'étaient pas partis et dont la dynamite était laissée dans le trou de mine; que l'un des entrepreneurs a dit plusieurs fois que la dynamite était de mauvaise qualité parce qu'elle ne brûlait pas entièrement, et qu'il fallait changer leur dynamite. — Le Tribunal cantonal a condamné la Compagnie à payer au demandeur à titre d'indemnité la somme de 10,000 frs.

Motifs : Considérant qu'il y a lieu à faire dans la cause l'application de l'art. 1 de la loi féd. du 1er juillet 1875;

Que cet accident doit être imputé à une faute de l'entreprise qui a manqué de vigilance et n'a pas pris ou ordonné les mesures nécessaires pour prévenir les effets dangereux de la substance explosible qu'elle emploie et qu'elle met entre les mains de ses employés ou de ses ouvriers;

Qu'avertie par des accidents antérieurs, survenus dans le même tunnel et causés par la même substance, l'entreprise devait redoubler de vigilance et faire soigneusement vérifier si toute la dynamite fournie par elle pour les mines avait fait explosion et s'il ne s'en trouvait pas des morceaux dans les déblais;

Que cette vérification était d'autant plus nécessaire que la dynamite était employée au percement d'un tunnel, travail qui offre des dangers spéciaux et qui exige, de la part de l'entreprise, un redoublement de précautions;

Que si les effets de la dynamite ne sont pas toujours les mêmes, mais varient selon la nature plus ou moins résistante de la roche pour laquelle elle est employée, la Compagnie n'en doit pas moins prendre, dans l'intérêt de ses employés et de ses ouvriers, les précautions et les mesures les plus propres à prévenir toute possibilité d'accident dans l'emploi de la substance si dangereuse et délicate à manipuler qu'elle remet à ses ouvriers;

Que la Compagnie défenderesse n'a relevé contre le demandeur aucune négligence ni aucune faute qui soit de nature à exonérer la Compagnie de la responsabilité qu'elle a encourue.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

83. *Art. 76 O. R. Schadensersatzanspruch eines Verlobten gegen den andern wegen grundlosen Rücktritts vom Verlöbnisse. Ist derselbe nach kant. oder nach eidg. Rechte zu beurtheilen?*

Der Anspruch eines Verlobten auf Schadensersatz wegen grundlosen Rücktritts des andern Theils vom Verlöbnisse untersteht, sofern der Rücktritt nicht im einzelnen Falle als Delict sich darstellt, gemäss Art. 76 O. R. nicht dem eidgenössischen, sondern dem kantonalen Recht. So ist insbesondere der Schadensersatzanspruch nach Satzung 47 f. des bern. Civ.-Gesetzb., vorbehältlich der bezeichneten Ausnahme, nicht delictischer Natur, sondern gehört, als Wirkung des Verlöbnisses, dem Familienrechte an[1]). Das B.-Gericht ist daher zur Beurtheilung solcher Klagen nach Art. 29 Organis.-Ges. nicht competent. (Entsch. v. 21. Juni 1889 i. S. Haberstich c. Aebi.)

---

84. *Art. 55 O. R. Ist bei Bemessung der Entschädigung aus dieser Gesetzesbestimmung auch auf die subjective Seite, das Mass des Verschuldens des Beklagten, Rücksicht zu nehmen?*

Hierüber entnehmen wir einem Urtheile des B.-Gerichts folgende Stelle: Das Gesetz schliesst nicht aus, dass bei „Bemessung der angemessenen Geldsumme", welche der Richter nach Art. 55 O. R. als Entschädigung für moralisches Leid zusprechen kann, auf die Grösse des Verschuldens des Schädigers Rücksicht genommen werde. Der Grundsatz des Art. 51 Abs. 1 O. R., wonach der Richter bei Ausmessung des Schadensersatzes aus unerlaubten Handlungen auf die Höhe des Verschuldens Rücksicht zu nehmen hat, ist vielmehr ein allgemeiner, welcher nicht nur für die Festsetzung

---

[1]) Ebenso nach zürch. Rechte, §. 581 f. Vgl. auch Huber, Geschichte u. System des schweiz. Priv.-R. I S. 190 u. Vogt, Anleitung S. 14. Contra: Zeitschrift des bern. Juristenvereins, XXIV S. 365.

der Entschädigung für Vermögensschaden, sondern auch für die Bestimmung der Entschädigung für moralisches Leid gilt (vgl. auch Art. 54 O. R.). Gerade für Fälle letzterer Art, wo es sich nicht um Ersatz von direct in Geld abschätzbaren Nachtheilen handelt, ist derselbe auch ein innerlich durchaus berechtigter. (Entsch. v. 17. Mai 1889 i. S. Moos c. Gerster.)

---

85. *Art. 116 O. R. Schadensersatzpflicht des Verkäufers bei Lieferungsverzug. Umfang des Schadensersatzes; massgebende Grundsätze.*

De W. & Cie bestellten bei der Beklagten 8000 kilo Garn „pr. März, April, Mai, Juni 1886"; 1000 kilo sollten „bald möglichst", 1000 kilo per April, 1500 kilo per Mai und 1000 kilo per Juni geliefert werden; über den Rest wurde bei der Bestellung noch nicht disponirt. Bis zum 9. April 1886 waren im Ganzen 3661 kilo geliefert. Nachdem nun aber seit der Bestellung die Wollpreise gesunken waren, entstanden zwischen den Parteien Anstände; Käufer bemängelten die Waare als nicht vertragsgemäss und verlangten „Annullation" des Vertrages, während dagegen die Beklagte die Rüge als ungerechtfertigt zurückwies. Die Unterhandlungen hierüber zogen sich bis zum 20. Mai hinaus. An diesem Tage erklärten Käufer, nachdem inzwischen die Preise wieder gestiegen waren, die von ihnen gerügten Mängel der Waare treten nach dem Verweben der Garne nicht so stark hervor und sie ziehen daher ihr Begehren um Annullirung des Vertrages zurück, und am 22. Mai 1886 ertheilten sie der Beklagten die Disposition: „1 Kiste = 150 kilo sofort, kilo 1000 15./20. Juni, Saldo 1. Juli." Nun verweigerte aber die Beklagte, welche bereits durch Telegramm vom 21. Mai 1886 erklärt hatte, sie acceptire die Annullation des Vertrages für die noch nicht gelieferten Waaren, die weitere Lieferung. Am 1. Juni forderten daher Kläger dieselbe auf, sich umgehend bestimmt zu erklären, ob sie bereit sei, den Rest des Kontraktes gemäss der Disposition zu liefern oder nicht. In letzterm Falle seien sie gezwungen, sich die nicht gelieferten Waaren anderweitig zu beschaffen und die Beklagte für die Differenz zu belasten. Sollten sie bis zum 7. Juni nicht im Besitze der Antwort der Beklagten sein, so nehmen sie an, dass diese die Restlieferung endgültig verweigere. Die Beklagte erwiderte am 5. Juni, sie erachte sich nicht verpflichtet, das streitige Quantum zu liefern, sie lehne diese Lieferung also ab. De W. & Cie belangten nun die Beklagte für die

Summe von Fr. 7735. 96 als Differenz zwischen dem Preise eines von ihnen am 20. Juni geschlossenen Deckungskaufs und dem vereinbarten Kaufpreise. Dem bundesgerichtlichen Entscheide, welcher die Klage principiell guthiess, entnehmen wir folgendes:

Da es sich um einen Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung eines Vertrages handelt, so sind grundsätzlich die Bestimmungen der Art. 110 u. ff. O. R. massgebend. Insbesondere bemisst sich der Umfang des Ersatzanspruches nach Art. 116 O. R. Nach Art. 116 Abs. 1 ist in allen Fällen derjenige Schaden zu ersetzen, welcher bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung des Vertrages vorausgesehen werden konnte, und es stellt nach Art. 116 Abs. 2 der Richter den Betrag dieses Schadens nach freiem Ermessen fest. Ein Ersatz weitern, d. h. nicht unter Abs. 1 fallenden Schadens kann gemäss Abs. 3 ibidem nur bei schwerem Verschulden vom Richter angeordnet werden. Was als erstattungsfähiger Schaden zu betrachten sei, ist somit in Abs. 1 und Abs. 3 des Art. 116 bestimmt; Abs. 2 dagegen enthält nicht, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint, einen, dem Abs. 1 gleichsam koordinirten, materiellen Rechtssatz, sondern nur einen Grundsatz des Beweisrechts. Er ermächtigt den Richter nicht etwa, vom Zuspruche des vollen, nach Abs. 1 erstattungsfähigen Schadens im Einzelfalle abzugehen oder umgekehrt (in Fällen wo ein schweres Verschulden nicht vorliegt) einen Ersatz für Schaden zuzubilligen, der nicht als unmittelbare Folge der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung vorhergesehen werden konnte; er spricht nur aus, dass der Richter den Betrag des nach dem Gesetze erstattungsfähigen und also zu vergütenden, d. h. (regelmässig) des als unmittelbare Folge der Nichterfüllung vorauszusehenden Schadens nach freiem Ermessen festzusetzen habe. Soweit also wirklich der im vorliegenden Falle eingeklagte Schaden ein solcher wäre, der beim Vertragsabschlusse nicht vorausgesehen werden konnte, wie dies der Vorderrichter annimmt, so müsste, sofern nicht schweres Verschulden der Beklagten vorläge, die Klage abgewiesen werden. Allein es handelt sich hier in That und Wahrheit durchaus um einen als unmittelbare Folge der Nichterfüllung beim Vertragsschlusse sehr wohl vorauszusehenden Schaden. Denn dass Preisschwankungen einer verkauften Waare eintreten können, und dass dann bei Preissteigerung dem Käufer durch Nichtlieferung der Waare ein, mindestens der Preisdifferenz gleichkommender, Schaden entstehen werde,

war ja natürlich vorauszusehen. Dass die Parteien nicht wussten noch wissen konnten, ob und in welchem Umfange eine Preissteigerung wirklich eintreten werde, ist gewiss gleichgültig. Art. 116 Abs. 1 verlangt, der Natur der Sache nach, nicht, dass die Parteien schon beim Vertragsabschlusse genau gewusst haben oder haben wissen können, wie hoch der durch Nichterfüllung eintretende Schaden sich belaufen werde. Es ist vielmehr jeder Schaden im Sinne des Gesetzes ein vorauszusehender, der, seiner Art nach, im ordentlichen Laufe der Dinge als unmittelbare Folge der Nichterfüllung eintreten kann.

Rücksichtlich des für die Schadensberechnung massgebenden Zeitpunktes ist durch die bundesgerichtliche Entscheidung vom 16. April 1887[1]) festgestellt, dass die Klägerin am 20. Mai 1886 noch berechtigt war Lieferung des gesammten Waarenrestes zu verlangen. Zu diesem Zwecke konnte sie natürlich auch, wie sie dies durch ihr Schreiben vom 22. Mai 1886 that, die nöthigen Dispositionen treffen und war die Beklagte zu deren Befriedigung verpflichtet. Da nun Beklagte diese Dispositionen nicht befolgt, sondern die Lieferung grundlos verweigert hat, ist sie in Verzug gekommen. Sonach können nicht für die Schadensberechnung einfach die Preise der Zeit der ursprünglichen Lieferung der Waare zu Grunde gelegt werden. Der Käufer war ja auch nach diesen Terminen Ende Mai und Anfang Juni 1886 berechtigt, Realerfüllung zu verlangen, und ist daher befugt, einen höhern Werth, welchen diese Realerfüllung für ihn hatte, ersetzt zu verlangen. Dagegen ist anzunehmen, dass mit dem 7. Juni 1886 entschieden war, es werde zur Realerfüllung nicht kommen. Von der Beklagten war diese bestimmt abgelehnt worden und die Klägerin hatte, wozu sie angesichts dieser Haltung der Beklagten unzweifelhaft berechtigt war, erklärt, sie werde sich nach Ablauf der von ihr festgesetzten und mit 7. Juni endigenden Frist auf Rechnung der Beklagten decken, also nicht mehr Naturalerfüllung sondern Schadensersatz verlangen. Mit dem 7. Juni stand also fest, dass weder der Käufer mehr Naturalerfüllung verlangen noch der Verkäufer solche anerbieten werde. Auf diesen Zeitpunkt muss daher bei Berechnung des Schadens abgestellt werden. Mit demselben vollzog sich die Wandlung der Obligation auf Naturalerfüllung in eine solche auf Schadensersatz. Von da an war die Klägerin in der Lage

[1]) Siehe A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. XIII S. 193 ff. u. diese Revue Bd. V Nr. 88 S. 126.

einen Deckungskauf mit Sicherheit abzuschliessen. Da ihr für den Abschluss eines solchen Deckungskaufes immerhin eine angemessene Frist, ein modicum tempus, einzuräumen war, welche mit der ersten Instanz auf circa acht Tage festzusetzen ist, so sind die Durchschnittspreise der Woche vom 7. bis 15. Juni 1886 zu Grunde zu legen. (Entsch. v. 4. Mai 1889 i. S. de Werth & C[ie] c. Kammgarnspinnerei Schaffhausen, A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. XV Nr. 56.)

---

86. *Art. 189 O. R. Einrede des Schuldners der abgetretenen Forderung aus Zahlungen, welche derselbe zwischen Cession und deren Kenntnissgabe an den Cedenten gemacht haben will. Pflicht des Schuldners hievon dem Cessionar nach Anzeige der Cession Kenntniss zu geben.*

Die Leihkasse E. hatte von K. im September 1886 durch Cession eine Forderung auf Gebr. W. erworben und den letztern, mit welchen sie sonst im Geschäftsverkehr stand, sofort von der Cession Kenntniss gegeben. Da Gebr. W. trotz wiederholter Mahnungen nicht bezahlten, erhob die Leihkasse E. im December 1888 gegen dieselben den Rechtstrieb, worauf sie einwendeten und zum Beweise verstellten, sie haben an den ursprünglichen Gläubiger 2900 Fr. bezahlt, bevor sie von der Cession Kenntniss erhalten haben. Das Bundesgericht verwarf, in Uebereinstimmung mit dem kantonalen Gerichte, die Einwendung und das Beweisanerbieten. Gründe: Es steht fest, dass die Beklagten, nachdem sie von der Cessionsanzeige der Klägerin Kenntniss erlangt hatten, trotz ihrer fortwährenden Geschäftsverbindung und Correspondenz mit der Klägerin längere Zeit hindurch mit keinem Worte behaupteten, sie haben auf die abgetretenen Forderungen Zahlungen an den Cedenten geleistet, bevor ihnen die Cessionsanzeige zugekommen sei; erst zwei Jahre nachher wollen sie mit einer solchen Behauptung hervorgetreten sein. Nach den Regeln gutgläubigen Verkehrs lag ihnen aber doch gewiss unter den vorliegenden Umständen ob, die Leihkasse von der gegen die abgetretene Forderung angeblich bestehenden Einwendung sofort zu benachrichtigen. Nahmen die Beklagten die Cessionsanzeige stillschweigend hin und setzten sie den Geschäftsverkehr mit der Klägerin ohne Bemerkung fort, liessen sie also die abgetretene Forderung zum vollen Betrage anstandslos sich zu Lasten schreiben, so musste die Leihkasse E. dies nothwendigerweise als Anerkennung des ungeschmälerten Bestandes der Forderung auffassen und kann

es nun den Beklagten nicht gestattet werden, nachträglich hierauf zurückzukommen und der Klägerin angebliche Zahlungen an den Cedenten entgegenzusetzen. (Entsch. v. 19. Juli 1889 i. S. Leihkasse Eschlikon c. Gebr. Weil.)

---

87. *Art. 276 f. O. R. Gewährleistungspflicht des Vermiethers. Rechte des Miethers wegen Mängel der Sache.*

Das eidg. O. R. (Art. 277) gewährt dem Miether wegen Mängel der Miethsache, welche deren Gebrauch ausschliessen oder erheblich schmälern, neben dem Rücktrittsrecht und dem Recht auf Minderung des Miethzinses auch einen Anspruch auf Schadensersatz, letztern jedoch nur dann, wenn der Vermiether den Mangel verschuldet hat, oder denselben nicht innerhalb angemessener Frist beseitigt. Das Recht, Beseitigung der Mängel und Minderung des Miethzinses zu verlangen, bezieht sich nicht nur auf die erst während der Miethzeit eingetretenen, sondern auch auf diejenigen Mängel, welche schon bei der Uebergabe vorhanden waren, jedoch erst später entdeckt werden konnten. (Entsch. v. 24. Mai 1889 i. S. Dupuis frères c. Ballaud & Cie.)[1]

---

88. *Art. 110, 116 u. 310 O. R. Schadensersatzpflicht des Verpächters, welcher die Erfüllung des Pachtvertrags unmöglich gemacht hat. Umfang des Schadensersatzes; analoge Anwendung des Art. 310 O. R.*

A. G. hatte von J. G. u. Cons. ein Gut gepachtet um den jährlichen Pachtzins von Fr. 2800. Kurz bevor das Pachtobject von A. G. angetreten werden sollte, verkauften die Verpächter dasselbe und der neue Erwerber gestaltete dasselbe in einer Weise um, dass die Erfüllung des Pachtvertrags gegenüber A. G. unmöglich war. Derselbe belangte nun die Verpächter auf Fr. 5000 Schadensersatz. Das kantonale Gericht sprach ihm Fr. 1400 zu; das B.-Gericht erhöhte aber die Entschädigung auf Fr. 3000, indem es sich dahin aussprach, dass für die Schadensersatzforderung im allgemeinen Art. 116 O. R. massgebend sei, sodann aber beifügte: „Der eidg. Gesetzgeber hat in Art. 310 erklärt, dass im Falle der Auflösung eines Pachtvertrages wegen wichtiger Gründe, welche für eine Partei die Fortsetzung der Pacht

---

[1]) Vgl. Motive z. Entwurfe eines bürg. Gesetzb. für das deutsche Reich Bd. II S. 373 ff.

unerträglich machen, die Entschädigung, welche derjenige Theil, welcher den Vertrag aufhebt, dem andern zu bezahlen habe, mindestens einem Jahreszinse gleichkommen müsse. Obgleich diese Bestimmung im vorliegenden Fall nicht direct anwendbar ist, so ist sie immerhin per Analogie in Betracht zu ziehen und demnach die Entschädigung auf Fr. 3000 festzusetzen.“ (Entsch. v. 18. Mai 1889 i. S. Gasser c. Grandjean u. Cons.)[1])

---

89. *Unmöglichkeit der Leistung bei der Dienstmiethe in Folge Handlungen des Miethers. Anspruch des Vermiethers der Dienste.*

Durch Gesetz vom 2. Februar 1885 wurde die solothurnische Bank auf 1. Januar 1886 aufgehoben. Der Director derselben, welcher im Jahre 1882 auf eine Amtsdauer von 5 Jahren — vom 1. Januar 1883 an — gewählt worden war, verlangte Ausbezahlung seines Gehaltes bis Ende 1887 und siegte mit diesem Begehren ob. Das Bundesgericht nahm vorerst an, dass der Staat Solothurn in Folge jenes Gesetzes und eines Vertrages[2]) 22./31. Dezember 1885 Universalsuccessor der Bank geworden sei und namentlich in Folge Vertrages dem Kläger in gleicher Weise hafte, wie die solothurnische Bank demselben gehaftet hätte, wenn sie selbst ihre Auflösung beschlossen und damit ihr Geschäft aufgegeben hätte, und sprach sich sodann folgendermassen aus: „Der Solothurner Bank, an deren Stelle der Staat getreten ist, sind durch die mit ihrer Auflösung verbundene und von ihr resp. ihrem Rechtsnachfolger zu vertretende Aufgabe des Geschäftes die Dienste des Klägers nutzlos und es ist dadurch dem Director die fernere Erfüllung des Dienstes unmöglich geworden. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nun, welche auch dem eidg. O. R. zu Grunde liegen, obschon dasselbe eine besondere ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht enthält, verliert in einem derartigen Falle der Dienstpflichtige den Anspruch auf die mit dem Anstellungsverhältnisse verbundenen öconomischen Vortheile nicht. Es steht ihm vielmehr entweder ein Anspruch auf Erfüllung d. h. auf die vertragliche Gegenleistung als solche, oder aber ein Schadensersatzanspruch d. h. ein Anspruch auf das volle Interesse zu, das er an der Leistung der Dienste hatte.[3]) Im concreten Falle ist es gleichgültig,

---

[1]) Siehe diese Revue Bd. V. Nr. 8 bes. S. 10 Note 1.

[2]) S. oben S. 14 ff. u. A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. XIV S. 668 ff., bes. S. 675 ff.

[3]) Siehe oben Nr. 62 S. 87 ff. und Nr. 78 S. 113 f.

ob man den Anspruch als Erfüllungsanspruch oder als Anspruch auf Ersatz des Interesses auffasst. Auch bei letzterer Annahme erscheint als Schaden, dessen Ersatz Kläger verlangen kann, der Betrag der ihm vertraglich versprochenen Gegenleistung unter Abrechnung desjenigen Vortheils, welcher ihm durch die Befreiung von der Pflicht zur Vertragserfüllung erwächst, d. h. der Auslagen, die ihm etwa von der Entbindung von der Leistungspflicht erspart worden, und desjenigen Erwerbes, welchen er während der Vertragsdauer vermittelst seiner Arbeitskraft anderweitig zu machen im Falle ist. Im vorliegenden Falle ist nun aber vom Beklagten im Schriftenwechsel gar nicht behauptet oder näher dargelegt worden, dass der Kläger während der Vertragszeit eine seiner seitherigen Stellung angemessene lohnende Beschäftigung anderweitig gefunden habe oder zu finden in der Lage gewesen wäre. Die heutigen dahin zielenden Behauptungen des Beklagten sind aber verspätet." (Entsch. v. 5. Juli 1889 i. S. Kaiser c. Solothurn.)

---

90. *Werkvertrag. Ausbedingung der Haftung bis zur höhern Gewalt in einem solchen Vertrage. Auslegung solcher Vertragsbestimmung.*

In einem Werkvertrage war die Bestimmung enthalten, dass eine Preisaufbesserung nur stattfinde, wenn dem Uebernehmer Mehrauslagen erwachsen, welche von Fällen „höherer Gewalt" herrühren. Die beklagte Partei war der Ansicht, dass hiebei einfach derjenige Begriff der höhern Gewalt zu unterstellen sei, welcher für das Transport- und Haftpflichtrecht gelte. Darauf erwiderte das Bundesgericht: Der Begriff der höhern Gewalt darf hier nicht ohne weiteres in demjenigen, übrigens ja bekanntlich durchaus nicht feststehenden Sinne, verstanden werden, welcher demselben in Anwendung der das Transport- und Haftpflichtrecht betreffenden Gesetze durch Doctrin und Praxis beigelegt wird[1]); vielmehr muss sich in erster Linie fragen, welche Bedeutung die vertragschliessenden Parteien nach Natur und Zusammenhang des Vertrages mit diesen Worten verbunden haben. Wenn in Verträgen die Haftung einer Partei bis zur höhern Gewalt ausbedungen wird, so muss zunächst untersucht werden, wie weit nach dem konkreten Vertragswillen dadurch die Haftung der

[1]) Vgl. Hafner, Ueber den Begriff der höhern Gewalt im deutschen Transportrecht.

Partei für Zufälle habe ausgedehnt werden wollen. Nur insoweit Anhaltspunkte für einen abweichenden konkreten Parteiwillen nicht vorliegen, ist derjenige Begriff der höhern Gewalt zu unterstellen, welcher in Doctrin und Praxis zunächst des Transport- und Haftpflichtrechtes sich herausgebildet hat, s. Goldschmidt in seiner Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. XVI S. 329, XXIII S. 309, XXXIII S. 428 ff. (Entsch. v. 14. Juni 1889 i. S. Zschokke & Cie c. Bund.)

---

91. *Art. 508 O. R. Ist der Gläubiger dem Bürgen dafür verantwortlich, dass er nicht die von einem Mitbürgen nachträglich erlangte Sicherheit aufgebe?*

A., G. und einige andere Personen hatten der Sparkasse B. für ein der Firma G. und A. gewährtes Darlehen Bürgschaft geleistet. Nach der Fälligkeit derselben betrieb die Sparkasse B. den Bürgen G. und erhielt Schatzungs- (Pfand-) rechte. Diese Rechte liess die Sparkasse B. erlöschen, und später gerieth G. in Konkurs. Die Sparkasse B. belangte nun den Bürgen A.; letzterer wendete aber ein, die Klägerin sei ihm für das Preisgeben der Rechte auf das Vermögen des Mitbürgen G. verantwortlich. Das B.-Gericht erklärte diese Einwendung für unbegründet, weil nach Art. 508 O. R. der Gläubiger für erst nach Eingehung der Bürgschaft erworbene Sicherheiten nur dann verantwortlich sei, wenn er sie vom Hauptschuldner, nicht aber wenn er sie von einem Dritten, insbesondere einem Mitbürgen, erlangt habe. (Entsch. v. 22. Juni 1889 i. S. Angehrn c. Leih- und Sparkasse Bischofszell, A. Samml. d. b.-g. Entsch. B. XV. Nr. 66.)

---

92. *Feuerversicherung; Gültigkeit und rechtliche Natur einer Vertragsbestimmung, wonach bei falschen Angaben über den Betrag des Brandschadens das Recht auf Entschädigung dahinfällt.*

Der § 80 der Statuten der schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft schreibt vor: „Es wird von allem Rechte auf Entschädigung und von der Theilnahme an der Gesellschaft ausgeschlossen . . . 2) wer über den Betrag eines Brandschadens, den er selbst oder ein anderer erlitten, falsche Angaben gemacht.“ Gestützt auf diese Bestimmung wurde die Wittwe Sch., als Rechtsnachfolgerin ihres Mannes, mit ihrem Schadenersatzanspruche von der Mobiliar-Versicherungs-Gesellschaft abgewiesen, weil ihr Mann zugestandenermassen

wissentlich falsche Angaben über den Betrag des erlittenen Schadens gemacht, d. h. Gegenstände als verbrannt bezeichnet habe, welche nicht verbrannt waren. Die Klägerin meinte, § 80 der Statuten enthalte die Stipulation einer Conventionalstrafe, welche nach Art. 182 O. R. dem richterlichen Ermessen unterliege. Darauf erwiderte das Bundesgericht: § 80 der Statuten enthält keine Vereinbarung einer Conventionalstrafe, sondern eine, von der Conventionalstrafe im eigentlichen gesetzlichen Sinne verschiedene Verwirkungsklausel. Derartige Verwirkungsklauseln, welche an vertragswidriges Verhalten einer Partei die Aufhebung des betreffenden Rechtsverhältnisses zu deren Nachtheil knüpfen und welche nicht nur bei Versicherungsverträgen, sondern auch bei andern Verträgen, wie bei Miethverträgen etc. nicht selten vorkommen, sind zwar ihrem Zwecke und ihrer Wirkung nach mit der Conventionalstrafe verwandt, allein doch nicht identisch (s. u. A. Dernburg, Pandekten II., zweite Auflage S. 126). Die Conventionalstrafe im eigentlichen Sinne des Wortes setzt, worauf auch der Wortlaut des Art. 179 ff. O. R. hindeutet, die Vereinbarung einer Strafleistung des Fehlbaren an den Gläubiger voraus, welche an Stelle der oder neben die vertraglich bedungene Hauptleistung tritt (für welche Strafleistung aber allerdings auch Zahlung durch Verrechnung von vornherein vorgesehen sein kann). Durch Verwirkungsklauseln der in Rede stehenden Art dagegen wird eine solche Strafleistung, eine Conventionalstrafe im eigentlichen Sinne des Wortes, nicht ausbedungen, sondern vielmehr die Aufhebung des Hauptrechtsverhältnisses zum Nachtheile des Fehlbaren für einen bestimmten Fall vereinbart. Die Spezialbestimmungen des Gesetzes über Conventionalstrafen finden daher auf solche Verwirkungsklauseln keine Anwendung; es ist denn auch bei denselben, da es sich eben nicht um eine dem Schuldner auferlegte, der quantitativen Ermässigung fähige Leistung, sondern schlechthin um Aufhebung eines Rechtsverhältnisses handelt, für Ausübung des richterlichen Ermässigungsrechtes des Art. 182 O. R. kein Raum. (Entsch. v. 20. Juli 1889 i. S. Schönholzer c. schweiz. Mobil.-Vers.-Ges.)

---

93. *Lebensversicherung. Rechtliche Natur des Prospectes. Vertraglicher Ausschluss des Anspruches auf die Versicherungssumme im Falle der Selbstentleibung; Gültigkeit einer solchen Bestimmung. Auslegung einer Vertragsbestimmung, wonach die Ver-*

sicherungssumme bezahlt wird, wenn die Selbstentleibung „in Folge von Geistesstörung" verübt wurde. [1])

Die Statuten einer Lebensversicherungsgesellschaft enthalten die, auch in den Policen als Vertragsbestandtheil abgedruckte, Bestimmung (§ 45): „Im Falle der Selbstentleibung . . . steht den Betheiligten, mag die That im zurechnungsfähigen oder nicht zurechnungsfähigen Zustande erfolgt sein, kein rechtlicher Anspruch auf die Versicherungssumme zu, die Bank gibt aber als Abfertigung . . . die geleisteten Prämien . . . . zurück. Wenn jedoch nach dem Ermessen der Direction die That in Folge von Geistesstörung oder schwerer körperlicher Krankheit verübt wurde, so wird die ganze Versicherungssumme ausbezahlt werden. Gegen den ablehnenden Entscheid der Direction steht den Betheiligten die Anrufung des Verwaltungsrathes zu, welcher endgültig darüber zu beschliessen hat." Dagegen besagt der Prospect: „. . . auch im Falle des Selbstmordes wird die volle Versicherungssumme ausbezahlt, wenn solcher in Folge von Geistesstörung oder schwerer körperlicher Leiden verübt wurde; unter allen Umständen aber werden beim Selbstmord die geleisteten Einlagen zurückvergütet (Näheres siehe § 45 der Statuten)." In dem unten bezeichneten Falle war nun streitig, 1) ob die Haftung des Beklagten sich nach dem Prospecte oder nach § 45 der Statuten richte, 2) ob § 45 der Statuten gültig, und 3) wie die bezeichnete Stelle des Prospects auszulegen sei. Hierüber entnehmen wir dem Urtheile des Bundesgerichts folgendes: Die Annahme der Vorinstanz, der Prospect enthalte das Vertragsoffert, ist rechtsirrthümlich. Der Prospect, welcher erkenntlich an eine unbestimmte Mehrzahl von Personen gerichtet ist, enthält kein Vertragsoffert, sondern eine öffentliche Anpreisung, verbunden mit der Einladung an das Publikum, der Versicherungsgesellschaft seinerseits Versicherungsanträge einzureichen. Das Vertragsoffert lag erst in dem Versicherungsantrage der F. und der Versicherungsvertrag wurde durch die Annahme dieses Antrages seitens der Versicherungsgesellschaft (vermittelst Aushändigung der Policen) abgeschlossen, wofür nebenbei auch noch darauf hingewiesen werden mag, dass das, insofern zweifellos massgebende, zürcherische Gesetz (§ 497) für den Versicherungsvertrag die schriftliche Form verlangt. Dagegen kann sich fragen, ob nicht die Beklagte

---

[1]) S. König, in Endemann's Handbuch des Handelsrechts Bd. III S. 814 ff.

den Inhalt des Prospectes als lex contractus desshalb wider sich müsse gelten lassen, weil nach der von der Vorinstanz offenbar unterstellten Mittheilung des Prospectes an die F., diese habe annehmen dürfen und müssen, dem § 45 der Statuten werde von der Versicherungsgesellschaft nicht die aus seiner Wortfassung an sich hervorgehende Bedeutung beigemessen, sondern es werde derselbe vielmehr im Sinne des Prospectes dahin ausgelegt, dass bei Selbstentleibung infolge Geisteskrankheit die Gesellschaftsbehörden die nach § 45 Abs. 2 der Statuten in Aussicht gestellte Auszahlung der Versicherungssumme von Rechtswegen zu bewilligen haben. Einer Entscheidung dieser Frage bedarf es indessen für den vorliegenden Fall nicht, da, mag man die Statuten nach ihrem Wortsinne oder den Prospect der Entscheidung zu Grunde legen, die Klage stets abgewiesen werden muss. Ausgesprochen werden mag indessen immerhin, dass es allerdings sehr auffallend ist, wenn eine Versicherungsgesellschaft in den von ihren Agenten verbreiteten, insbesondere den Versicherungsbewerbern mitgetheilten Prospecten, Mittheilungen über die Bedingungen des Versicherungsvertrages aufnimmt, welche mit dem Inhalt der Statuten und Policen nicht übereinstimmen und daher, sofern die Versicherungsgesellschaft sich nicht wirklich danach zu verhalten gedenkt, geeignet sind, Täuschungen und Missverständnisse zu pflanzen.

Geht man von der Wortbedeutung des § 45 der Statuten aus, so kann kein Zweifel darüber obwalten, dass ein Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme im vorliegenden Falle nicht besteht. § 45 Abs. 1 der Statuten schliesst den Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme im Falle der Selbstentleibung stets aus, mag die Selbstentleibung in zurechnungs- oder unzurechnungsfähigem Zustande verübt sein; als Abfertigung wird indess die Rückerstattung der Prämien gewährt. Diese Bestimmung ist durchaus zulässig und gültig. Es steht in Ermangelung eines entgegenstehenden, die Vertragsfreiheit beschränkenden, positiven Gesetzes den Versicherungsgesellschaften frei, im Versicherungsvertrage zu vereinbaren, dass sie die Gefahr vorzeitigen, durch Selbstentleibung herbeigeführten Absterbens in keinem Falle, also auch dann nicht übernehmen, wenn die Selbstentleibung in unzurechnungsfähigem Zustande verübt werde. Unsittlich oder rechtswidrig und daher nach Art. 17 des O. R. ungültig ist eine derartige Vereinbarung gewiss nicht, zumal dann nicht, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Rückzahlung der bezahlten Prämien gewährt wird. Diess ist denn auch,

soweit ersichtlich, in Doctrin und Praxis des Versicherungsrechtes grundsätzlich allgemein anerkannt, wenn auch de lege ferenda die Meinungen darüber auseinandergehen, ob nicht die Vertragsfreiheit der Gesellschaften in dieser Richtung gesetzgeberisch beschränkt werden sollte (siehe einerseits Fick in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht XX Seite 1 u. ff., insbesondere Seite 45; Vivante, Il contratto di assicurazione III Seite 209, Nro. 154; anderseits Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. XXIII, Seite 183 u. fol., Bd. XXV, S. 278 u. f.; König in Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. 4, S. 429 u. f.), wie diess bekanntlich in dem, in seinen versicherungsrechtlichen Bestimmungen aber eben nicht zum Gesetze gewordenen Entwurfe des Schweiz. O. R. von 1877 vorgeschrieben war. Inwiefern der in Rede stehenden Vertragsnorm Art. 177 oder 181 O. R. entgegenstehen könnten, ist durchaus nicht einzusehen. Wenn endlich Kläger noch behauptet haben, § 45 der Statuten sei desshalb unverbindlich, weil er in Abs. 2 entgegen den in Art. 2 und 13 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1885 aufgestellten Bestimmungen die Entscheidung über einen Anspruch des Versicherten dem gesetzlich vorgesehenen Gerichtsstande entziehe und den Gesellschaftsbehörden vorbehalte, so geht auch diese Einwendung fehl. Der § 45 der Statuten enthält überhaupt keine Vereinbarung über den Gerichtsstand, sondern eine materielle Vertragsnorm: er schliesst für den Fall der Selbstentleibung eben das Entstehen eines Rechtsanspruches auf die Versicherungssumme aus. Danach kann denn hier auf Grund des § 45 der Statuten von einem Anspruche auf die Versicherungssumme offenbar nicht die Rede sein. Denn es steht thatsächlich fest, dass die Versicherte sich mit dem Bewusstsein und dem Willen, dadurch ihren Tod herbeizuführen, ins Wasser gestürzt hat; bestritten ist bloss, ob sie den selbstmörderischen Entschluss in zurechnungs- oder unzurechnungsfähigem Zustande gefasst und ausgeführt habe; es liegt also unzweifelhaft ein Fall der Selbstentleibung vor und nicht einer derjenigen Fälle, wo zwar der Versicherte durch sein körperliches Thun seinen Tod verursacht, wo aber dennoch das Vorhandensein einer Selbstentleibung negirt werden kann, weil das Bewusstsein der todtbringenden Handlung oder doch ihrer Kausalität im Augenblick der That vollständig fehlt (z. B. wenn der Fieberkranke sich im Delirium aus dem Fenster stürzt, oder ein Geisteskranker, der fliegen zu können glaubt, beim Versuche vom Dache stürzt u. dergl. mehr; siehe König a. a. O.).

Allein auch wenn die Zusage des Prospectes als massgebend erachtet und davon ausgegangen würde, bei Selbstentleibung in Folge einer Geisteskrankheit bestehe ein Rechtsanspruch auf die Versicherungssumme, so müsste die Klage auf Grund des vorinstanzlich festgestellten Thatbestandes dennoch abgewiesen werden. Die Vorinstanz nimmt an, der Sinn der sachbezüglichen Bestimmung des Prospectes und beziehungsweise des § 45 Abs. 2 der Statuten gehe dahin, es werde die Versicherungssumme nur dann geschuldet, wenn die Geisteskrankheit die ausschliessliche (oder doch überwiegende) Ursache der Selbstentleibung sei, nicht aber auch dann, wenn die Geistesstörung nur als mitwirkender Umstand neben andern, hauptsächlich bestimmenden Ursachen erscheine. Diese Auffassung ist nicht rechtsirrthümlich. Zugesichert wird auch im Prospekt die Versicherungssumme nur für den Fall, dass die Selbstentleibung die Folge der Geistesstörung ist, nicht aber allgemein für den Fall, dass der Versicherte sich zur Zeit der That in einem geistig mehr oder weniger gestörten Zustande befindet. Die Geistesstörung muss, damit die Versicherungssumme geschuldet werde, danach als die überwiegende, entscheidende Ursache der Selbstentleibung erscheinen, nicht bloss als ein mitwirkender Factor, welcher lediglich das Wirksamwerden anderer zum Selbstmorde treibender Motive erleichtert. Mit andern Worten, die normale Bestimmbarkeit des Willens durch Motive, die Zurechnungsfähigkeit, muss, wie z. B. bei dem vom Verfolgungswahne Befallenen, der sich, um seinen Quälern zu entgehen, ins Wasser stürzt, durch die Geistesstörung gänzlich ausgeschlossen, und nicht etwa nur die Widerstandskraft gegen gewisse, auch gegenüber geistig gesunden Menschen wirksame Motive infolge einer geistigen Störung in gewissem Masse abgeschwächt sein. Gerade die von den Klägern angerufene Gleichstellung der Selbstentleibung in Folge Geistesstörung mit derjenigen in Folge „schwerer körperlicher Leiden“ ist geeignet, diess zu illustriren. Wenn ein körperlich schwer Leidender Hand an sich selbst legt, so wird gewiss die Versicherungssumme nur dann geschuldet, wenn das körperliche Leiden die treibende Ursache des Selbstmordes war, nicht aber auch dann, wenn der sachbezügliche Entschluss zunächst als durch andere Momente, wie Furcht vor drohender strafrechtlicher Verfolgung, ökonomischen Ruin u. drgl. bedingt erscheint, mag auch immerhin richtig sein, dass der Versicherte in Folge des schweren Leidens diesen Motiven

weniger widerstandsfähig gegenüber stand als ein Gesunder. Ebensowenig ist es rechtsirrthümlich, wenn die Vorinstanz angenommen hat, im vorliegenden Falle sei die Geistesstörung nicht als die überwiegend entscheidende Ursache des Selbstmordes, sondern nur als ein mitwirkender Factor, neben andern, in erster Linie wirkenden Motiven, der Furcht vor dem ökonomischen Ruin, vor dem mit Aufdeckung schwindelhafter Geschäfte verbundenen Scandal u. s. w. zu betrachten. (Entsch. vom 8. Juni 1889 i. S. Fiertz'sche Erben c. Lebensversicherungsbank Stuttgart. A. S. d. b.-g. Entsch. Bd. XV. No. 63.)

---

94. *Art 2 des B.-Ges. betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Jahrgebung; kann dieselbe von den Eltern ausgesprochen werden?*

Durch das bezeichnete Bundesgesetz sind die, bisher in Genf geltenden, Bestimmungen des französischen Civilgesetzbuches über die Emancipation Minderjähriger (§ 477 ff.), wonach die Emancipation nicht die volle, sondern nur eine beschränkte Handlungsfähigkeit des Minderjährigen zur Folge hatte und dieselbe von den Eltern ausgesprochen werden konnte, aufgehoben worden. Die Jahrgebung des eidgenössischen Rechts (Art. 2 leg. cit.) verleiht die volle Volljährigkeit und Handlungsfähigkeit und kann nur von einer Amtsstelle, nicht von den Eltern, ausgehen. (Entsch. vom 20. Juli 1889 i. S. Livache.) [1]

---

95. *Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Kann bei der Ehescheidung dem unschuldigen Ehegatten eine Unterhaltspflicht an den schuldigen auferlegt werden?*

Ein kantonales Gericht hatte eine Ehe auf Klage des Ehemanns getrennt, weil die Frau dem Trunke ergeben sei, gleichwohl aber dem Ehemann einen jährlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400 an die geschiedene Frau auferlegt, weil dieselbe 51 Jahre alt sei, sich in einer ungünstigen sanitarischen und Vermögenslage befinde und nicht der Heimathsgemeinde zur Last fallen dürfe, während der Ehemann F. Ver-

---

[1]) S. Huber, Geschichte und System des schweizerischen Privatrechts Bd. I. S. 134 ff. und die daselbst (S. 135 Nr. 1) angeführte Schrift von Martin; ferner Rossel, Manuel du droit civil de la Suisse romande S. 107.

mögen besitze. Auf die Beschwerde des Ehemannes hob das B.-Gericht diese letztere Urtheilsbestimmung auf, da nach Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe nur demjenigen Ehegatten, welcher die Ehescheidung verschuldet habe, eine Entschädigung resp. eine Unterhaltspflicht gegenüber dem andern Ehegatten auferlegt werden dürfe, nicht aber dem unschuldigen Ehegatten an den schuldigen [1]). (Entsch. vom 12. Juli 1889 i. S. Eheleute Favre.)

---

96. *Art. 10 des B.-Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen, vom 1. Heumonat 1875. Beginn der Verjährung der Schadensersatzansprüche wegen Körperverletzung.*

Für den Beginn der Verjährung von Eisenbahnhaftpflichtansprüchen wegen Körperverletzung ist derjenige Tag massgebend, an welchem die verletzende Einwirkung auf den Körper des Beschädigten stattgefunden hat, nicht derjenige, wo die schädigenden Folgen sich geltend machen. (Entsch. v. 25. Mai 1889 i. S. Kurz c. Grossherz. bad. Eisenbahnen; A. Samml. d. b.-g. Entsch. Bd. XV Nr. 43.)

---

97. *Art. 6 ff. des schweizerisch-französ. Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869. Anwendbarkeit des darin aufgestellten Grundsatzes der Einheit des Konkurses auf die in der Schweiz befindlichen Zweigniederlassungen einer in Frankreich domicilirten Actiengesellschaft.*

Die im Jahre 1882 in Besançon gegründete Actiengesellschaft Société laitière de l'Est zur Herstellung condensirter Milch erwarb später in Steffisburg, Ct. Bern, und Avenches, Ct. Waadt, Fabriken, wo sie die Milchsiederei durch dort niedergelassene Angestellte betreiben und verwalten liess. Im Februar 1889 eröffnete das Handelsgericht Besançon den Concurs über die Gesellschaft und es verlangte nun der Massacurator, dass dieses Concurserkenntniss auch in der Schweiz Vollziehung finde. Diesem Begehren wurde vom Bundesgericht entsprochen. Den Gründen des b.-g. Entscheides, aus welchen die Einwendungen der schweiz. Gläubiger (Milchlieferanten) gegen das Begehren zu ersehen sind, entnehmen wir Folgendes: 1. Der erwähnte Gerichts-

---

[1]) Vgl. hiezu Motive zum Entwurf eines bürgerl. Ges.-B. für das deutsche Reich Bd. IV. S. 617 ff.

standsvertrag bezweckt, für den französisch-schweizerischen Rechtsverkehr den Grundsatz der Einheit des Concurses in dem Sinne durchzuführen, dass ausschliesslich der Richter des Wohnortes, der Hauptniederlassung, des Gemeinschuldners als zuständig erklärt wird. Dass die Absicht der vertragschliessenden Staaten bei Vereinbarung des Vertrages auf dieses Ziel gerichtet war, ergibt sich aus den Ausführungen der Botschaft des Bundesrathes vom 28. Juni 1869, wo ausdrücklich ausgesprochen ist, dass diese Absicht als Ziel und Inhalt des Vertrages von beiden Seiten bei den Vertragsunterhandlungen erklärt worden sei, und bemerkt wird, das angestrebte Ergebniss werde dadurch erreicht, dass das Decret über die Concurseröffnung gleich einem gewöhnlichen Civilurtheile nach Art. 15 ff. des Vertrages im andern Staate vollziehbar sei. Der Grundsatz der Einheit des Concurses hat danach nicht auf den besondern in Art. 6 Abs. 1 des Vertrages hervorgehobenen Fall beschränkt werden wollen, sondern Art. 6 normirt vielmehr nur die Anwendung des allgemein geltenden Grundsatzes auf den als ausdrücklicher Regelung besonders bedürftig erachteten Specialfall, wo ein Angehöriger des einen Vertragsstaates im andern seine Handelsniederlassung, zugleich aber Vermögen in seinem Heimatstaat besitzt. Für diesen Fall, wo am ehesten Zweifel entstehen könnten, wird der Grundsatz der Einheit des Concurses im Forum des Wohnortes resp. der Hauptniederlassung des Gemeinschuldners besonders hervorgehoben; auch in diesem, nicht aber nur in diesem Falle soll ein Separatconcurs im Heimatorte nicht stattfinden, speciell nicht etwa eine Trennung zwischen dem Handelsvermögen und dem übrigen Vermögen des Gemeinschuldners Platz greifen, sondern über das gesammte Vermögen bloss Ein einheitlicher Concurs im Gerichtsstande des Wohnortes resp. der Hauptniederlassung des Gemeinschuldners durchgeführt werden. Art. 6 enthält also nicht eine singuläre Bestimmung für den in Abs. 1 desselben erwähnten Thatbestand, sondern er spricht nur einen allgemeinen Grundsatz in specieller Beziehung auf diesen Thatbestand aus.

Der andere gewöhnliche Fall, dass ein Franzose oder Schweizer seinen Wohnort (seine Hauptniederlassung) in seinem Heimatlande hat, daneben aber Vermögen (mit oder ohne Zweigniederlassung) im andern Vertragsstaate besitzt, ist im Vertrage nicht besonders hervorgehoben; es ist offenbar als selbstverständlich erachtet worden, dass der sogar für den Thatbestand des Art. 6 Abs. 1 des Vertrages festgehaltene

Grundsatz der Universalität und Attraktivkraft des Concurses um so mehr für diesen Fall gelten müsse. Dies schien aus den allgemeinen, auch für Concurserkenntnisse angenommenen Grundsätzen über gegenseitige Urtheilsvollstreckung von selbst zu folgen. Dafür kann auch noch auf die Bestimmung des Art. 9 betreffend den Concurs der in einem Vertragsstaate niedergelassenen Fremden hingewiesen werden (vergl. Entsch. in S. Bugnon, A. Slg. XII S. 111 u. ff.), und es entspricht denn auch diese Auffassung den Zielpunkten, nach welchen in der Doktrin eine Entwicklung des internationalen Concursrechtes angestrebt wird.

2. Ein innerer Grund, die Bestimmungen des Staatsvertrages auf physische Personen zu beschränken, liegt nicht vor. Dieselben finden vielmehr auch auf juristische Personen, Actiengesellschaften, Anwendung. Bei mehrfachen Handelsniederlassungen einer Actiengesellschaft muss daher das Gericht der Hauptniederlassung, des Sitzes, der A.-G. als competent erachtet werden. Dafür, wo der Sitz der A.-G. sich befinde, ist in erster Linie das Statut derselben massgebend. Es bedürfte des Nachweises besonderer Umstände, um anzunehmen, die statut. Bestimmung über den Sitz der A.-G. sei eine mit der Wirklichkeit unverträgliche, nur auf Umgehung der Gesetze des thatsächlichen Mittelpunktes ihrer Rechtsverhältnisse beruhende Fiction. Solche Umstände liegen nicht vor. In B. ist die Gesellschaft nach Massgabe der französ. Gesetzgebung gegründet, das Actienkapital gezeichnet und die Verwaltung geführt worden. In St. war nur ein Theil des einheitlichen Gewerbebetriebes der in B. domicilirten A.-G. lokalisirt. Demnach kann dem Concurserkenntnisse des Handelsgerichts von B. die Vollstreckungsbewilligung in der Schweiz nicht versagt werden. Dass die Zweigniederlassung in St. im schweiz. Handelsregister nicht eingetragen wurde, ist für die vorliegende Frage gleichgültig. Allerdings war die Gesellschaft dazu verpflichtet. Allein auch wenn sie erfolgt wäre, so würde dies nichts daran ändern, dass das zur Filiale in St. gehörige Vermögen staatsvertraglich in die Concursmasse in B. abgeliefert werden müsste. Durch die Eintragung der Zweigniederlassung in St. wäre nicht eine neue juristische Person entstanden, sondern nur einer rechtspolizeilichen Ordnungsvorschrift nachgelebt worden.

3. Dagegen ist festzuhalten, dass diejenigen Gläubiger, welche mit der Filiale in St. contrahirt haben, im Falle der Bestreitung der Existenz ihrer Forderungen zur Klage im Gerichtsstand der Filiale gemäss Art. 625 O. R. berechtigt

sind, und dass Pfandrechte sowohl an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen im Gerichtsstand der gelegenen Sache geltend gemacht werden können.[1]) (Entsch. v. 22. Juli 1889 i. S. der Concursmasse der Société laitière de l'Est in Besançon.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

98. *Unsittliche Leistung. Rückforderung des zu unsittlichem Erfolg Gezahlten. Art. 17, 75 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 18. Juni 1889 i. S. Matter u. Cons. c. Vellard.

Nach schriftlicher Vereinbarung mit J. B. Vellard vom Januar 1888 besorgten B. Matter, J. Janin und J. Bisel dem ersteren wiederholt den Transport von Uhren von Basel nach Mülhausen mit Umgehung der deutschen Zollgesetze. Als Garantie für richtige Ablieferung liess sich Vellard von Matter und Janin zusammen Fr. 2500, von Bisel Fr. 1000 hinterlegen unter Bezeichnung „en dépôt comme garantie". Die letzte Sendung übergaben M., J. u. B. am 14. Juli 1888 dem Spediteur Meyer und Schauenberg in Mülhausen, und dieser liess sie an die Adresse C. F. Leutsch in Leipzig abgehen. In Leipzig wurde diese Sendung wegen Zolldefraudation confiscirt. M., J. und B. klagen nun auf Bezahlung des Lohns (Fr. 1011 abzüglich empfangener Fr. 337) und auf Herausgabe der Garantiesumme von Fr. 3500, indem sie mit Ablieferung der Waare an den Speditor in Mülhausen ihre Verpflichtung erfüllt hätten und nicht weiter hafteten, wogegen Vellard die Restlohnforderung bestreitet, weil Schmuggellohn überhaupt nicht klagbar sei, und die Rückgabe der Garantiesumme weigert, weil das Depositum für richtige Ankunft der Waare am Bestimmungsorte, d. h. in Leipzig verlangt und geleistet worden sei, zudem die Absicht eines rechtswidrigen Erfolges bei Klägern obgewaltet habe, und das zu diesem Behuf Gegebene nach Art. 75 O. R. nicht könne zurückgefordert werden. Kläger bestreiten, dass in der Umgehung des Zollgesetzes eines fremden Staates eine causa turpis liege, unter Berufung auf ein Urtheil des O. A. G. Lübeck vom 4. Juni 1866 (Seuffert XXI Nr. 32). Das Civil-

---

[1]) Vgl. Curti, Staatsvertrag, S. 136 f.

gericht hat die Kläger abgewiesen und das Urtheil ist am 15. August 1889 vom Appellationsgericht bestätigt worden.

Motive: Der Schmuggel ins Ausland ist keine Verletzung unserer Gesetze, und der Dienstvertrag, woraus die Kläger ihren Lohn verlangen, ist demnach vom Standpunkte des hiesigen Richters aus kein rechtswidriger; aber sittlich sind darum die Leistungen, welche den Gegenstand dieses Vertrages bilden, doch keineswegs. Nicht nur, dass der gewerbsmässige Schmuggel vom Standpunkte des freundnachbarlichen Verkehrs zwischen verschiedenen Nationen als unehrenhaft gelten kann, er erscheint auch geradezu unsittlich mit Rücksicht auf das Gewebe von Lug und Trug, das sein Betrieb nothwendig macht. Was aber insbesondere ins Gewicht fällt, ist, dass der Schmuggel entsittlichend wirkt im eignen Land. Der Gewinn, der auf den Schleichwegen des Schmuggels demjenigen zufällt, der die unsaubern Manipulationen des Gewerbes nicht scheut, schädigt den redlichen Handel und verlockt, ja zwingt unter Umständen den ökonomisch schwach fundirten Geschäftsmann zur Nachahmung. Dadurch wird die niedrige Gesinnung, welche der Schmuggelbetrieb bei denen, die sich ihm widmen und sich seiner bedienen, voraussetzt, verbreitet und die Begriffe von Treue und Redlichkeit, welche die Grundlage eines gesunden Handels sind, im allgemeinen geschwächt.

Danach sind die Leistungen, für welche den Klägern Lohn versprochen wurde, wenn auch nicht widerrechtlich, so doch unsittlich; der Vertrag, welcher diese Leistungen zum Gegenstand hatte, war nach Art. 17 des Obligationenrechts ungiltig, und die Lohnforderungen, welche Kläger daraus ableiten, sind als auf keinem zulässigen Rechtsgrund beruhend abzuweisen.

Was nun die als Garantie gegebenen Fr. 3500 betrifft, so fehlt zunächst ein Nachweis über die Tragweite dieser Garantie; die Behauptung der Kläger, dass eine schriftliche Vertragsurkunde darüber bestehe, ist nicht erhärtet worden, und an und für sich erscheint die Angabe des Beklagten, dass ihm die genannte Summe als Sicherheit für die glückliche Durchführung des Schmuggels gegeben wurde, ebenso glaubhaft und möglich, als diejenige der Kläger, wonach das Depositum blos die richtige Ablieferung der ihnen vom Beklagten anvertrauten Waaren garantiren sollte. Nimmt man aber, wie dies mangels gegentheiliger Beweise der Fall sein muss, die Angabe des Beklagten zum Ausgangspunkt des Entscheides, so ist die Klage abzuweisen, weil die letzte

Spedition in Folge Confiscation der geschmuggelten Sendung zugestandenermassen missglückt ist und der Beklagte dadurch einen die Caution der Kläger übersteigenden Schaden erlitten hat.

Aber auch abgesehen hievon müsste die Klage nach Art. 75 des Obligationenrechts abgewiesen werden. Die Fr. 3500 wurden allerdings zunächst als Garantie gegeben, aber ohne die Garantie hätte Beklagter die Schmuggelaufträge nicht ertheilt, und wenn Kläger die Summe an Beklagten einzahlten, so wollten sie durch die geleistete Sicherheit den Beklagten zur Ertheilung jener Aufträge veranlassen. Es bedarf aber keiner Erörterung, dass wenn der Schmuggel unsittlich ist, auch der Auftrag dazu als unsittlich erscheint. Die Leistung der Garantie hatte also den Zweck, einen unsittlichen Erfolg herbeizuführen. Die Rückforderung des Geleisteten kann demnach vom Richter nicht geschützt werden.

---

99. *Erreur sur la personne. Nullité du contrat. Art. 20 et 24 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 29 juillet 1889 d. l. c. O. Q. c. A. Z.

Le 27 avril 1888, A. Z. reçut dans son magasin la visite d'un voyageur de commerce qu'il ne connaissait pas et qui se présentait comme représentant d'une société de viticulteurs de Cognac, au nom de laquelle il lui offrit la concession du monopole pour Neuchâtel et les environs d'un cognac appelé „Reale Cognac". Ce voyageur lui remit une carte qui portait les mots: „Reale Cognac. Union vinicole de la Charente. O. Q., Cognac." Au vu de cette carte, A. Z. qui est depuis longtemps en affaires avec la maison O. Q. par l'intermédiaire de son représentant à Neuchâtel, M. P. F., fit immédiatement remarquer au voyageur qu'il n'entrerait pas en relation avec la maison O. Q. et qu'il n'accepterait pas le monopole offert, parce que par ce fait il ferait concurrence à son ami et client, M. P. F. Là-dessus le voyageur lui déclara que la société représentée par lui ne travaillait point avec la maison O. Q., que Mr. O. Q. était bien à la tête de la société, mais que son rôle dans cette affaire se bornait à la présidence de cette société, à laquelle il prêtait son nom seulement pour la vente, afin de lui procurer une clientèle qui était déjà acquise à son nom personnel. Sur ces explications, A. Z. signa le monopole pro-

posé par le voyageur et fit sa commande de Reale Cognac. Peu de jours après, il reçut la facture de la maison O. Q. „à la commande que vous avez faite à notre voyageur“. Par cette même lettre, la maison lui écrivait que pour le texte de l'annonce du monopole il pourrait se baser „sur l'annonce suivante: Reale Cognac, de la maison O. Q., à Cognac“. A. Z., se voyant induit en erreur, écrivit à O. Q. qu'il n'accepterait son envoi qu'à la condition de ne payer la marchandise qu'après vente et que M. P. F. ait sa commission sur cette commande comme traitée par lui. Cette condition n'ayant pas été acceptée, A. Z. refusa de prendre livraison de la marchandise. O. Q. l'assigna devant les tribunaux en paiement du prix, mais sa demande fut rejetée.

Motifs: Considérant que le défendeur n'a consenti à conclure le contrat que le représentant de la maison demanderesse lui proposait qu'après avoir obtenu de lui la certitude qu'il traitait avec une société absolument indépendante de cette maison;

Que le dossier renferme la preuve que les affirmations de ce voyageur n'étaient pas véridiques, car le défendeur a contracté en réalité avec la maison O. Q., bien qu'il eût déclaré au voyageur qu'il ne voulait pas traiter avec cette maison, et qu'il lui eût demandé à ce sujet des explications réitérées et des éclaircissements;

Que n'ayant aucun motif de ne pas ajouter foi aux déclarations du voyageur, il a conclu un contrat avec une autre société ou une autre maison que celle qu'il avait en vue et qui était l'Union vinicole de la Charente;

Qu'il a été induit en erreur sur la personne avec laquelle il contractait;

Que cette erreur est essentielle;

Qu'à un autre point de vue aussi, il est certain que le défendeur a été amené à contracter par des moyens dolosifs, soit par la tromperie volontaire de celui qui, par ses affirmations inexactes, a déterminé la conclusion du contrat;

Que les art. 20 et 24 C. O. sont donc applicables, et le contrat doit être déclaré nul pour vice du consentement.

---

100. *Schadenersatzklage wegen Creditschädigung durch Lieferung schlechter Waare, an Stelle der Wandelungsklage. Art. 50, 55, 243, 249–253 O. R.*

St. Gallen. Entsch. der Recurscommission v. 22. Mai 1888.

H. Z. hat dem A. G. am 17. März 1886 ein Fass „neu

Markgräfler“ für Fr. 173. 80 geliefert. A. G. behauptet, diesen Wein gelagert und in der Voraussetzung, derselbe sei bestellungskonform und werde durch die Lagerung nur verbessert, erst bei Bedarf, im Oktober 1886 angestochen zu haben, wobei er den Wein fade und verdächtig gefunden habe. Bei einem Besuch am 11. November 1886 untersuchte H. Z. den Wein und erklärte ihn für ächt, worauf ihm A. G. die Fr. 173. 80 bezahlte und sich von ihm bei Quittirung auf der Faktura vormerken liess: „Garantirt für ganz ächten 1885er Markgräfler.“ Nun liess A. G. den Wein ununtersucht liegen, bis die Gesundheitscommission auf ihrer nächsten Tour im August 1887 demselben Proben entnahm. Sie erklärte, sie könne diesen Markgräfler nicht als reell ansehen und lasse ihn durch den Kantonschemiker untersuchen. Dieser bezeichnete den Wein als höchst gering, wahrscheinlich gestreckt und erheblich geschwefelt; Markgräfler sei es nicht. Nun erhob A. G., als er von H. Z. für eine andere, an sich nicht bestrittene Forderung von Fr. 534. 85 betrieben wurde, Rechtsvorschlag wegen Gegenrechnung für Schadenersatz, unter Berufung auf Art. 50 f., 55, 110 O. R. und aus dem Titel der Gewährleistung (Art. 243 O. R.), und das Bezirksgericht sprach ihm (statt der geforderten Fr. 300) eine Entschädigung von Fr. 100 zu, in Erwägung: Nachdem H. Z. am 11. November 1886 bei Bezahlung des Weines dem A. G. neuerdings für reellen Markgräfler unbedingte Garantie geleistet habe, sei die Gewährleistungsfrist nach Art. 257 O. R. bis zum amtlichen Untersuche (August 1887) nicht abgelaufen. Laut Befund der Gesundheitscommission sei mit dem Fasse keine Veränderung vorgenommen worden, so dass die zu vermuthende Streckung des Weines nicht dem A. G. zur Last falle. Die geringe Qualität des Weines begründe einen Entschädigungsanspruch wegen Minderwerth und Creditschmälerung und für die erlaufenen Untersuchungskosten; auch sei die Fracht jeweilen dem A. G. zurückvergütet worden.

H. Z. verlangte Nichtigerklärung dieses Urtheils wegen angeblicher Verletzung der Art. 246 event. 257, 250, 251, 50, 51, 55 O. R. Die Recurscommission hat das Urtheil nichtig erklärt wegen Verletzung der Art. 249—253 und 50, 55 O. R.

In Erwägung: Selbst wenn man — mit Recht oder mit Unrecht — annimmt, dass der Sachrichter ohne Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift die Identität des Weines als bewiesen, und dass er mit Rücksicht auf die Garantieerklärung vom 11. November 1886 die Untersuchung des Weines

erst im August 1887 und die erst nachher erfolgte Mängelrüge noch als rechtzeitig habe gelten lassen können, so verstösst doch die Zuerkennung einer Entschädigung für Creditschmälerung gegen die Art. 249—253 O. R. Nach Art. 249 O. R. hatte A. G. die Wahl zwischen der Wandelungs- und der Minderungsklage, und — da es sich um vertretbare Sachen handelte (Art. 252 O. R.) — dem Begehren um Nachlieferung anderer währhafter Waare derselben (bestellten) Gattung.

Nur bei der Wandelungsklage, bei welcher dann auch das Kaufsobject dem Verkäufer zurückgegeben werden muss, kann auf Schadenersatz geklagt werden, aber nur auf Ersatz desjenigen Schadens, welcher dem Käufer durch die Lieferung fehlerhafter Waare unmittelbar verursacht worden ist, und nicht auf Ersatz für Creditschmälerung. — Bei der Minderungsklage dagegen, bei welcher die gekaufte Waare dem Käufer verbleibt, kann nicht auf Schadenersatz, sondern nur auf Preisermässigung geklagt werden, und wenn der geforderte Minderwerth den Kaufpreis selbst erreicht, so kann der Käufer nur die Wandelung verlangen; also gegen Rückerstattung der gekauften Waare die Rückerstattung des Kaufpreises mit Zinsen oder die Lieferung währhafter Waare der bestellten Gattung nebst Ersatz des Schadens, der ihm durch die Lieferung fehlerhafter Waare unmittelbar verursacht worden ist.

Ein Anspruch auf Schadenersatz für Creditschmälerung lässt sich auch nicht aus Art. 50, 55 O. R. ableiten; denn in der Lieferung eines „öde und ziemlich sauer schmeckenden", „stark geschwefelten", „nicht reellen", „höchst geringen", „wahrscheinlich gestreckten", anstatt eines dem vereinbarten (geringen) Preise von 55 Rp. per Liter entsprechenden Markgräflers kann nicht eine „widerrechtliche Schädigung" im Sinne des Art. 50 O. R. oder gar eine „ernstliche Verletzung" des Bestellers „in seinen persönlichen Verhältnissen" (Art. 55 O. R.) erblickt werden, sondern lediglich die Nichterfüllung der dem Verkäufer obliegenden Vertragspflicht, nur Waare mit den zugesicherten Eigenschaften und ohne erhebliche Mängel zu liefern. Art. 243 O. R. Sofern der Käufer eine Creditschmälerung erlitten haben sollte, so kann sie ihm auch nur daraus erwachsen sein, dass er diesen Wein ausgeschenkt hat, anstatt ihn dem Verkäufer nach Art. 249, 252, 253 O. R. heimzuschlagen.

Schadenersatz aus Art. 50 und folg. O. R. könnte wohl nur dann in Frage kommen, wenn durch den Genuss des Weines Gesundheitsschädigung verursacht worden wäre.

---

101. *Ungerechtfertigte Bereicherung. Voraussetzung. Zahlung: Wahlrecht des Gläubigers bezüglich der zu tilgenden Schuld. Art. 70, 101 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 28. März 1889 i. S. Künzli c. Ammann.

Die Leihkasse Aadorf hatte zwei von einander unabhängige Forderungen im Betrag von Fr. 4000 und Fr. 10,000 an die mechanische Stickerei Elgg; für die erstere war J. Künzli, für die letztere J. Ammann Bürge. Die Gläubigerin hob für beide Posten gleichzeitig den Rechtstrieb an, worauf ein Antheilhaber an der Stickerei, Frei, Fr. 3000 bezahlte. Die Schuldnerin aber gerieth bald darauf in Concurs, und die Creditorin zog bei der Concurseingabe die bezahlten Fr. 3000 von der Summe von Fr. 10000 ab und erhob die andre Forderung von Fr. 4000 abzüglich der Concursdividende von dem Bürgen Künzli. Dieser hatte noch Mitbürgen und belangte einen derselben vor Bezirksgericht Winterthur auf seinen Antheil; letzterer wandte ein, von den Fr. 3000, die der Schuldner bezahlt habe, treffe ein Antheil von Fr. 894 auch die Forderung von Fr. 4000, und siegte mit dieser Einrede ob. Nun klagte Künzli zunächst gegen die Leihcasse Aadorf auf Rückerstattung, wurde aber vom Bezirksgericht Frauenfeld mit seiner Klage abgewiesen, weil der Creditor berechtigt gewesen sei, die Zahlung nach seinem Belieben zu verwenden. Hierauf klagte er gegen die Wittwe des unterdessen verstorbenen Ammann auf Erstattung der von ihm an die Leihcasse Aadorf zu viel bezahlten Fr. 894 wegen ungerechtfertigter Bereicherung, indem ihr diese seine Zuvielleistung zu gut gekommen sei. Die erste Instanz wies die Klage ab wegen mangelnder Passivlegitimation; ungerechtfertigte Bereicherung der Beklagten liege nicht vor, weil der Vortheil, der ihr aus der Handlung des Klägers erwachsen sei, nicht als Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers gelten könne; bereichert wäre höchstens die Leihcasse, falls sie von ihm zu viel erhalten hätte. Das Obergericht bestätigte auf Appellation des Künzli dieses Urtheil.

Motive: Angenommen, die appellantische Behauptung, es seien an die Leihcasse Aadorf Fr. 894 zu viel bezahlt worden, sei richtig, so wäre dadurch doch diese letztere und nicht etwa die appellatische Partei bereichert worden, denn es kann doch unmöglich gesagt werden, diese Fr. 894 seien aus dem Vermögen des Appellanten in das der Appellatin übergegangen, wo diese selbst noch aus ihrer eingegangenen Bürgschaft Fr. 7735 bezahlen musste. Allein die Richtigkeit

dieser Behauptung ist keineswegs erstellt. Ein Urtheil des Bezirksgerichts Winterthur im Processe zwischen dem Appellanten einerseits und seinem Mitbürgen Schöchli andererseits bejaht zwar diese Frage, während das Bezirksgericht Frauenfeld dieselbe verneint und zwar nach der Ansicht des Obergerichts mit Recht. Aus der Motivirung des bezüglichen Urtheils des Winterthurer Gerichts geht hervor, dass Frei, welcher an den Rechtstrieb von Fr. 14,000 die Fr. 3000 abbezahlte, gleichzeitig auch Mitbürge für die Forderung von Fr. 10,000 war. Es spricht nun eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit dafür, dass dieser die von ihm geleistete Zahlung da in Abrechnung bringen lassen wollte, wo er persönlich, als Bürge, engagirt war, an den Fr. 10,000 und nicht pro rata an beiden Posten. Das schw. O. R. bestimmt in Art. 101, dass in erster Linie ein Schuldner befugt sei, in einem solchen Falle zu erklären, welche Schuld er tilgen wolle, dass sodann aber falls eine derartige Erklärung mangle, die Zahlung auf diejenige anzurechnen sei, die der Gläubiger in der Quittung bezeichnete. Aus den Acten geht nun aber hervor, dass die von Frei bezahlten Fr. 3000 von dem Gläubiger an der Forderung von Fr. 10,000 abgeschrieben und quittirt worden sind.

---

102. *Prescription. Suspension entre les époux séparés. Art. 153 § 3 C. O.*

Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal du 4 avril 1889 dans la cause Déglon c. Déglon.

Le 20 mai 1878, le Tribunal du District de Lausanne a prononcé la séparation de corps, pour le terme de deux ans, des époux Déglon, mariés en 1877. Il a prononcé en outre que l'enfant à naître serait confié à sa mère et que le père contribuerait à son entretien par une pension mensuelle de 10 francs.

L'enfant est décédé à l'âge de 16 mois, et le père redoit pour la pension une somme de 110 francs, représentant 11 mois non payés.

Les époux Déglon ayant toujours vécu séparés depuis le jugement prononçant la séparation de corps, une nouvelle instance en divorce a été introduite. Par jugement du 21 février 1889, le Tribunal de Lausanne a prononcé la dissolution définitive du mariage; il a en outre condamné le mari Déglon au paiement de la somme de 110 francs, pour 11 mois de pension.

Déglon a recouru contre ce jugement en ce qui concerne la pension seulement. Il estime que c'est à tort que le Tribunal a repoussé la prescription, vu que la dernière pension a été payée en 1879; que, aussi bien sous l'ancien Code civil vaudois, art. 1680, que sous l'empire du Code fédéral des Obligations, art. 147, § 1°, les redevances périodiques se prescrivent par cinq ans; que c'est donc à tort que la prescription n'a pas été admise.

Le Tribunal cantonal a écarté le pourvoi.

Motifs: Considérant, en effet, que soit l'art. 1680 du Code civil vaudois, soit l'art. 147, § 1°, C. O., indiquent que les redevances périodiques se prescrivent par cinq ans.

Mais attendu que cette règle souffre diverses exceptions.

Qu'en effet, l'art. 1661 C. c. dit que la prescription ne court point entre les époux et que l'art. 153, § 3°, C. O. statue que la prescription ne court point et que, si elle a commencé, elle est suspendue à l'égard des créances des époux l'un contre l'autre pendant la durée du mariage.

Considérant qu'en présence des textes formels de ces deux articles, l'on ne peut admettre que la prescription coure entre des époux simplement séparés de corps.

Que la séparation de corps crée une position provisoire entre les époux, mais que le mariage n'en subsiste pas moins.

---

103. *Anwendbarkeit des schweiz. O. R. auf Verpfändung von Gülten. Art. 210, 213 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 12. Mai 1888 i. S. Bank in Zofingen c. L. H.

Im Juli 1882 übergab Leonz H. der Firma B. und Cie eine auf seiner Liegenschaft errichtete Gült von Fr. 4000 als Sicherheit für ein ihm gewährtes Darlehen von Fr. 2500. B. und Cie. verpfändeten diese Gült hinwieder an die Bank in Zofingen für einen Credit von Fr. 15,000. Sie geriethen dann in Concurs, und die Bank in Z. beanspruchte Schutz ihres Pfandrechts an der Gült für eine Forderung von Fr. 91,711. Leonz H. verlangte Schutz seines Eigenthums und Herausgabe der Gült an ihn, der nicht nur nicht mehr Schuldner, sondern vielmehr Gläubiger von B. und Cie. für Fr. 4042 sei. Er machte geltend, dass die Bank in Z. kein gültiges Pfandrecht erworben habe, weil der Eigenthümer der Gült seine Einwilligung zur Verpfändung nicht ertheilt habe. Laut aarg. bürg. Ges. (das wegen Abschluss des

Pfandvertrags in Zofingen zur Anwendung komme) § 568 wäre das nöthig gewesen, und laut § 569 sei eine ohne solche Einwilligung erfolgte Verpfändung ungültig. Die Bank in Z. nahm das schweiz. O. R. Art. 210 und 213 für sich in Anspruch. Das Obergericht wies die Bank ab und sprach dem Leonz H. sein Begehren zu.

Motive: Es ist davon auszugehen, dass die Bestimmungen des cantonalen Mobiliarsachenrechts speciell über den Schutz des redlichen Erwerbes zu Eigenthum oder Pfand auch für den Verkehr mit luzernerischen Gülten Anwendung finden. Eine constante Gerichtspraxis hat das anerkannt als Ausfluss der Erwägung, dass bei der Gült die verbriefte Forderung durch das Papier, also die Sache repräsentirt wird und darin verkörpert ist. Dagegen ist es unrichtig, dass die Gült ein Inhaberpapier sei, wie die Klägerin geltend machen will. Diese Anschauung ist hierorts wiederholt zurückgewiesen worden. — Fragt es sich, welches Recht Anwendung finden solle, so ist die Anwendbarkeit des schweiz. O. R. ausgeschlossen, weil das verpfändete Object eine grundversicherte Forderung ist und der Gerichtshof die Anschauung theilt, dass der eidg. Gesetzgeber auch die Verpfändung grundversicherter Forderungen nicht habe ordnen, sondern auch diese Materie, indem er in Art. 198 O. R. die Bestimmung des cantonalen Rechts für die Abtretung derartiger Forderungen vorbehält, ebenso dem cantonalen Recht habe vorbehalten wollen (unter Verweisung auf Hafner, Verpfändung grundversicherter Forderungen Ztsch. f. schwz. R. N. F. VII. S. 68 f.). Dass aber auch, wenn das cantonale Recht specielle Bestimmungen über solche Geschäfte um grundversicherte Forderungen nicht enthält, gleichwohl nicht etwa die allgemeinen Bestimmungen des O. R., sondern jene des cantonalen Rechts zur Anwendung kommen müssen, ist hierorts für Abtretungen schon früher anerkannt worden. Diese allgemeinen, also sachenrechtlichen cantonalen Bestimmungen können vorliegend nur jene des aargauischen Rechts sein (welches die ohne Einwilligung des Eigenthümers geschehene Verpfändung einer Sache als unwirksam erklärt). Denn die Verpfändung ist auf aargauischem Staatsgebiet erfolgt, wo zugleich die Pfandnehmerin ihr Domicil hat.

---

104. *Kauf. Rechtzeitige und gehörige Feststellung der Mängel der Waare bei Annahmeweigerung. Art. 246, 248 al. 2 O. R.*

Zug. Urtheil des Cantonsgerichts v. 1888 i. S. E. Fürst und Sohn c. Lutz.

Die Malzfabrik Em. Fürst und Sohn in Mähren lieferte in Folge eines ihrem Vertreter in Zürich von C. Lutz ertheilten Auftrags an diesen, Bierbrauer in Zug, einen halben Wagen Malz, welcher am 8. October 1887 von Lutz auf der Station Zug in Empfang genommen wurde. Am 14. October schrieb Lutz an E. F. und S., er sei mit dem Malz nicht zufrieden, es sei viel Steinmalz darunter und darum laufe es schlecht ab u. s. w. Verkäufer sprachen antwortweise ihre Verwunderung darüber aus, da ihnen andere Bierbrauereien, denen sie von dem gleichen Malz geliefert, ihre Zufriedenheit darüber ausgesprochen hätten, und baten, noch einen Versuch zu machen. Am 29. October reclamirte Lutz wieder, beifügend, das Malz überschreite auch das zulässige Gewicht. Die Verkäufer antworteten darauf erst am 13. Januar 1888, dass ihr sonst keinerlei Klagen zugekommen seien. Nun stellte Lutz mit Brief vom 26. Januar die noch vorhandenen 54 Säcke dieser Sendung den Verkäufern zur Verfügung, letztere nahmen dieselben nach einigem Zögern zurück, klagten nun aber den Preis des von Lutz verwendeten Restes mit Fr. 635 ein. Dieser widersprach nicht nur seine Zahlungspflicht, sondern erhob noch eine Widerklage auf Schadenersatz wegen Unbrauchbarkeit des aus diesem Malz gebrauten Bieres. Das Cantonsgericht verurtheilte ihn zur Bezahlung der Klagsumme und wies die Widerklage ab,

in Erwägung:

Dass Beklagter etwa acht Tage nach Empfang der Sendung, somit jedenfalls rechtzeitig, der Klägerin anzeigte, dass das Malz viel Steinmalz enthalte u. s. w.; dass hingegen die erst am 29. October erfolgte Anzeige einer Gewichtsdifferenz, selbst wenn man die klägerische Aufforderung zur nochmaligen Probeveranstaltung in Betracht zieht, als verspätet erscheint, indem dieser behauptete Mangel offenbar ein solcher ist, welcher schon bei der ersten Untersuchung erkennbar gewesen wäre, und zu dessen Entdeckung es keinesfalls einer Zeitfrist von mehr denn zehn Tagen bedurft hätte (17.—29. Oct.), somit gemäss Art. 246 O. R. dessen nachträgliche Geltendmachung ausgeschlossen scheint;

dass Beklagter es unterlassen hat, bei Vornahme der Untersuchung der gekauften Waare sofort das Vorhandensein

der behaupteten Mängel (Steinmalz, Gewichtsdifferenz etc.) gemäss Art. 248 al. 2 constatieren zu lassen, wesshalb nicht der Verkäufer die gute Qualität der Waare zu beweisen hat, sondern umgekehrt laut klarer Vorschrift des Art. 248 der Käufer die Existenz der gerügten Mängel darzuthun pflichtig ist;

dass wenn auch der Art. 248 die Art und Weise der Feststellung nicht näher regelt, sondern diesfalls den cantonalen Processgesetzen, bezw. dem Willen der Betheiligten mehr oder weniger freien Spielraum lässt, doch der in erster Linie und stetsfort geltend gemachte Mangel betr. Steinmalz, schlechte Läuterung etc. augenscheinlich ein solcher ist, welcher ohne specielle technische Kenntnisse unmöglich zu erkennen war, und welcher daher — wenn anders der bezügliche Beweis für den Richter massgebend sein soll — in der durch die Civilprocessordnung vorgeschriebenen Form, durch das Mittel gerichtlich zu ernennender Experten damals hätte constatiert werden sollen, welch' — rechtzeitig nicht vorgenommener — Nachweis nun nachträglich, schon wegen Nichtmehrvorhandenseins des streitigen Malzes, nicht mehr in dieser Form geleistet werden kann;

. . . .

dass mit Rücksicht auf die Gutheissung der klägerischen Rechtsfrage die widerklagsweise geforderten Posten betr. Preisdifferenz, Gewichtsunterschied, Einbusse an Kundsame und Bierverlust als unbegründet abzuweisen sind.

---

105. *Vente. Exercice tardif de la faculté, pour l'acheteur, de rendre la marchandise. Art. 271 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 20 juin 1889 d. l. c. Schweiss c. Taminiau.

En septembre 1888, Schweiss a reçu de Taminiau un certain nombre de bracelets et boucles d'oreilles, au montant de fr. 174.50, qui furent immédiatement payés; toutefois il était spécifié que Taminiau reprendrait ou échangerait ce que l'acheteur aurait reconnu n'être pas de sa vente. En janvier 1889, Sch. émit la prétention de rendre les objets énumérés dans son exploit; Taminiau s'y opposa en déclarant les marchandises défraîchies. Sch. assigna T. en concluant à la reprise des marchandises. Le Tribunal le débouta de ses conclusions.

Motifs: Attendu qu'il s'agit, en l'espèce, d'objets de mode essentiellement fugitive, qui ont quelque valeur pen-

dant une saison et qui, la saison suivante, risquent d'être fortement dépréciés; que leur actualité, au point de vue de la forme, bien plus que la matière première dont ils sont composés, en fait le principal prix; qu'il va de soi que Schweiss, en se réservant de rendre ou changer ces objets, et Taminiau, en consentant à cette réserve, ne l'ont fait qu'à la condition élémentaire et qui, pour être sous-entendue, n'en est pas moins certaine, que cette restitution ou cet échange se ferait dans un bref délai; que ce délai écoulé, la vente était définitive; qu'admettre le contraire aboutirait à donner à un acheteur ferme le droit d'exposer, pendant toute une saison, et souvent de défraîchir des objets par lui acquis, et lorsque la saison serait close et la vente devenue difficile, de les rendre à son fournisseur primitif; que cela est inadmissible; que de telles prétentions sont contraires, soit au bon sens, soit à l'équité commerciale, et doivent être repoussées.

---

106. *Miethe. Einseitige Auflösung des Miethvertrags. Art. 277 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 15. Juni 1888.

J. R. verlangt Aufhebung des mit Frau M. D. über die Bäckerei und Wohnung im Hause der letzteren abgeschlossenen Miethvertrags, weil Frau D. das falsche Gerücht ausgestreut habe, er verwende den Teigkübel als Nachtgeschirr und gebrauche denselben wieder in der Bäckerei zum Teigmachen; dadurch werde ihm sein Geschäft ruiniert. Das Obergericht hat dem klägerischen Begehren entsprechend den Vertrag als aufgehoben erklärt.

Motive: Nach Art. 277 O. R. ist der Miether berechtigt, vom Vertrage zurückzutreten, falls die Sache in einem Zustande übergeben wird, welche den vertragsmässigen Gebrauch ausschliesst oder in erheblicher Weise schmälert. Eine solche Schmälerung liegt auch dann vor, wenn die Störung des Miethers ihren Grund in dem Verhalten des Vermiethers hat, nicht bloss wenn die Mängel das Miethobject als solches betreffen. So schon nach gemeinem Recht (Windscheid Pand., 6. Aufl. II. S. 547). Ebenso führt die richtige Interpretation des Art. 277 O. R. dazu, das dem Miether eingeräumte Recht zur einseitigen Auflösung des Miethvertrags in analoger Weise auf den Fall einer erheblichen Störung auszudehnen, deren Ursache zwar nicht im Zustande der gemietheten Sache, wohl aber im Benehmen des Vermiethers

liegt (vgl. diese Revue, III. Nr. 41 f.). In der (durch Zeugenbeweis constatierten) Aeusserung der Frau D. betreffend Verwendung der Teigkübel liegt nun eine hinreichende Veranlassung zur Aufhebung des Miethvertrags, denn diese Aeusserung musste den Credit des Klägers in hohem Mass schädigen und die fernere Ausübung des Bäckereigewerbes gefährden. Die Einwendung, es dürfe laut Miethvertrag ein Rücktritt von demselben während des ersten Miethjahres nicht stattfinden, kann desshalb nicht als stichhaltig gelten, weil der Rücktritt im gegebenen Falle nicht auf Grund des Vertrages (ex contractu), sondern zufolge gesetzlicher Bestimmung (ex lege) erfolgt.

---

107. *Retentionsrecht des Vermiethers an Gegenständen, welche auf einem dem Miether zur Mitbenutzung überlassenen Hofraum aufbewahrt sind. Art. 294 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 19. März 1889 i. S. Escher Wyss & Cie. c Specht.

Der Spediteur Specht-Fuog in Zürich miethete im September 1884 von der Firma Escher Wyss und Cie. die für sein Speditionsgeschäft erforderlichen Bureaulocalitäten nebst einem Magazin. Daneben war ihm, wie das Gericht annahm, auch die miethweise Mitbenutzung eines Hofraumes und zwar hauptsächlich zu dem Zwecke eingeräumt, dass er seine Wagen daselbst unterbringen und aufbewahren durfte. Specht benutzte auch den Hofraum unbestrittenermassen immer in dieser Weise bis zum 1. Juli 1888. Auf diesen Zeitpunkt miethete er in Aussersihl ein grosses Magazin, zwei Keller, einen Stall und einen Hof. Am 28. Juni 1888 wurden die im Hofe bei Escher Wyss und Cie. untergebracht gewesenen Wagen gerichtlich gepfändet und infolge Versilberungsbegehren des Pfandgläubigers am 3. August 1888 versteigert. Da aber Escher Wyss zur Deckung ihrer laufenden Miethzinsforderung von Fr. 940 an den Wagen des Pfandschuldners ein Retentionsrecht geltend gemacht hatten und demgemäss auch den entsprechenden Versilberungserlös beanspruchten, der Pfandgläubiger aber diesen Anspruch bestritt, so kam es zwischen der Vermietherin und ihm zum Process über die Frage, ob der Anspruch der erstern auf den, den versteigerten Wagen entsprechenden Erlös begründet sei. Die Parteien giengen darin einig, dass der Entscheid lediglich davon abhängen soll, ob Escher Wyss und Cie. am 3. August, als dem Versteigerungstage der Pfänder, ein Retentionsrecht an den

Wagen gehabt haben oder nicht. Der Pfandgläubiger bestritt das, weil die Wagen jedenfalls nur vorübergehend auf dem Hofraum gewesen seien und dies zur Begründung eines Retentionsrechtes nicht genüge, die Wegnahme derselben am 1. Juli 1888 stattgefunden habe, indem sie damals nach Aussersihl gezogen worden seien, und weil nicht davon gesprochen werden könne, dass solche Wagen zur Einrichtung oder Benutzung eines gemietheten Hofraums gehören. Der Retentionsanspruch wurde geschützt.

Gründe: 1. Die Wagen, an denen das Retentionsrecht angesprochen wird, müssen auch noch für die Zeit seiner Ausübung als auf dem Miethraum befindliche Gegenstände betrachtet werden. Es ist hier zu beachten, dass es sich um Gegenstände handelt, die ihrem Zwecke entsprechend nur einer zeitweisen Unterbringung und Aufbewahrung bedürfen, während einer andern Zeit dagegen, die man als die eigentliche Benutzungszeit derselben bezeichnen kann, sich ausserhalb des Aufbewahrungsortes befinden. Denn dieser Umstand muss der Natur der Sache nach zu dem Schlusse führen, dass solche Gegenstände erst mit dem Momente als vom Aufbewahrungsort fortgebracht betrachtet werden dürfen, in welchem sie mit der ausgesprochenen Bestimmung, dort zu bleiben, an einen Drittort verbracht worden sind, nicht aber schon dann, wenn sie nur zum Zwecke ihrer Benutzung zeitweise weggenommen werden, und auch nicht schon dann, wenn sie nach der Benutzung einmal nicht sofort zurückgebracht, sondern zufällig an einem andern Ort stehen gelassen worden sind. Wendet man aber diese Ausführungen auf den vorliegenden Fall an, so kann nicht gesagt werden, dass die Wagen für die Zeit der Geltendmachung des Retentionsrechtes nicht mehr als auf dem Hofraum der Klägerin befindlich betrachtet werden dürfen. (Es werden nun eine Reihe von Umständen angeführt, aus denen hervorgeht, dass bis zum 3. August die Wagen ihren regelmässigen Standort im Hof der Kläger gehabt haben.)

2. Ebenso liegt das weitere Erforderniss vor, dass es sich um Gegenstände handle, die zur Einrichtung oder Benutzung des Hofraumes gehören. Denn der letztere ist hier als Aufbewahrungsraum gemiethet worden, und als zur Einrichtung und Benutzung eines solchen Raumes gehörend müssen doch wohl diejenigen Gegenstände gezählt werden, um deren Willen die Miethe einzig abgeschlossen worden ist. Wollte man das nicht annehmen, so wäre das Retentionsrecht bei Vermiethung von Lagerräumen, Magazinen etc.

überhaupt illusorisch, weil zur Einrichtung und Benutzung solcher Miethräume im engeren Sinne gewöhnlich gar keine besonderen Vorrichtungen nöthig sind. Die Praxis hat den Begriff: „Einrichtung und Benutzung" bereits in dem weitern Sinne ausgelegt, dass alle Gegenstände als dazu gehörend betrachtet werden sollen, welche zum Nutzungscharakter eines Locals in naher und wesentlicher Beziehung stehen, und das muss auch von den Wagen im Verhältniss zum Hofraum als Aufbewahrungsort derselben gesagt werden (s. diese Revue, II Nr. 32; III Nr. 89, 157, und VI Nr. 19). Damit ist aber auch gleichzeitig ausgesprochen, dass die in der Natur gewisser Gegenstände liegende Nothwendigkeit, dieselben zeitweise aus dem gemietheten Lagerraum herauszunehmen, dem Erwerb des Retentionsrechtes an sich nicht entgegenstehen kann. Dieser Umstand bedingt nur, dass der Verlust des Retentionsrechtes thatsächlich leichter möglich ist, weil die Gegenstände unter dem Vorwand sachentsprechender Benutzung leichter weggebracht werden können.

---

108. *Miethretentionsrecht blos für Miethzins gültig. Art. 294 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Appellationsgerichts v. 29. Aug. 1889 i. S. Bauer c. Bender.

Bauer war Miether einer Liegenschaft des Bender. Bei Aufhebung des Miethvertrags machte letzterer ein Retentionsrecht an den im Miethlocal liegenden Fahrnissen des Bauer geltend für Miethzins, Kosten zweier Processe über Aufhebung der Miethe, von Bauer verschuldeten Wasserschaden, Kosten der Instandstellung des Logis und Entschädigung für Nichtbenutzung der Wohnung während der Herstellungsarbeiten. Das Civilgericht erkannte das Retentionsrecht an für diese sämmtlichen Forderungen ausser für die letzte (Entschädigung für Nichtbenutzung), gemäss der schon im Urtheil Löliger c. Gutersohn (diese Revue, V Nr. 40) entwickelten Auffassung. Das Appellationsgericht dagegen liess das Retentionsrecht bloss für die Miethzinsforderung gelten und entzog demselben alle übrigen Forderungsposten.

Motive: Es ist zwar richtig, dass sowohl nach gemeinem Recht als nach neuern schweizerischen und auswärtigen Gesetzgebungen das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers nicht auf den eigentlichen Miethzins beschränkt, sondern auch auf andere aus dem Miethverhältniss entstehende Forderungen ausgedehnt wird. Allein die betreffenden Ge-

setze sprechen entweder deutlich aus, dass das Pfandrecht des Vermiethers sich auf alle Forderungen aus dem Miethvertrag erstrecke, oder sie führen diejenigen Ansprüche, für welche dasselbe neben dem Miethzinse noch gelten soll, speciell an (vergl. u. A. Code Civil 2102; Basler Stadt-Ger.-Ordn. von 1719 § 448; Entwurf eines Basler Civilgesetzes § 619; Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, § 521). Den gleichen Standpunct nahmen auch die Entwürfe eines schweizerischen Obligationenrechts von 1875 (Art. 306), 1876 (Art. 306), 1879 (Art. 315) ein, welche alle übereinstimmend dem Vermiether ein Pfand-, bezw. Retentionsrecht „für seine aus dem Miethverhältnisse entspringenden Forderungen" ertheilten.

Wenn nun dem gegenüber das Obligationenrecht in Art. 294 dem Vermiether ausdrücklich ein Retentionsrecht für den „Miethzins" und nur für diesen einräumt, so muss angenommen werden, das eidgenössische Gesetz habe in bewusstem Gegensatz zu den erwähnten andern Gesetzgebungen und seinen eigenen Entwürfen dieses Retentionsrecht auf den eigentlichen Miethzins als solchen beschränken und nicht auch auf andere Ansprüche des Vermiethers ausdehnen wollen. Das Wort „Miethzins" hat zudem einen gesetzlich bestimmten, eng begrenzten Sinn, und es ist daher um so weniger denkbar, dass der Gesetzgeber gerade diesen Ausdruck gewählt haben sollte, wenn er wirklich alle aus dem Miethvertrage entspringenden Ansprüche des Vermiethers im Auge gehabt hätte.

Diese schon aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sich ergebende Folgerung wird noch wesentlich durch die Erwägung verstärkt, dass die in Art. 294 festgesetzte zeitliche Einschränkung des Retentionsrechts auf das verflossene und das laufende Miethjahr sich mit einer Ausdehnung dieses Rechts auf alle aus dem Miethvertrage entstehenden Forderungen nicht wohl vereinigen liesse, da solche Forderungen mit Ausnahme des Miethzinses in der Regel gar nicht auf Jahr und Monat vertheilt werden könnten.

Der vom Civilgericht aufgestellte Grundsatz würde daher in seiner Anwendung nothwendiger Weise zu Willkürlichkeiten führen, wie solche sich auch in der That in den civilgerichtlichen Urtheilen bemerklich machen, nach welchen beispielsweise Processkosten, Herstellungskosten für einen durch den Miether verursachten Wasserschaden, Ersatzansprüche für fehlendes Wirthschaftsmobiliar u. dergl. unter das Retentionsrecht fallen, Ersatzforderungen dagegen für

Bruch des Vertrags, oder für nicht rechtzeitige und gehörige Rückgabe des Miethobjects davon ausgeschlossen sein sollen.

---

109. *Responsabilité des hôteliers. Objet déposé par un non-voyageur. Art. 486 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 25 avril 1889 d. l. c. Vita c. Vollerin.

Le 19 janvier 1889, un repas de noce avait lieu chez l'hôtelier Vollerin, et les mariés avaient engagé et payé l'harpiste Vita pour jouer pendant le bal. Ce bal terminé, Vita laissa son instrument chez Vollerin et lui dit qu'il viendrait le chercher le lendemain matin. Lorsqu'il revint le lendemain, il trouva la harpe brisée. Il réclame, en conséquence, le prix de cet instrument en 600 frs. Vollerin, soutenant qu'il n'a pas agi, en l'espèce, comme commerçant, excipe d'incompétence du Tribunal de commerce. Le Tribunal s'est déclaré incompétent et a renvoyé le demandeur à mieux agir.

Motifs: Vu l'art. 486 C. O.

Attendu que les hôteliers ne sont tenus des détériorations d'effets à eux apportés, que s'ils l'ont été par les voyageurs qui logent chez eux;

Attendu que Vita n'était point dans ce cas; qu'il n'a point logé chez le défendeur; que bien plus, comme sus est dit, ce n'est pas ce dernier qui l'a amené à la fête dont s'agit;

Attendu, d'autre part, que Vollerin n'exerce point un commerce qui, comme les tenanciers de vestiaires, par exemple, dans les grandes réunions, puisse le rendre directement responsable des dégâts arrivés à un objet déposé; que ce n'est pas en qualité d'hôtelier, mais bien à titre de complaisance privée et particulière, que Vollerin a accepté le dépôt de Vita; que, dès lors, sans examiner le fond du débat, il ressort que le Tribunal de céans est incompétent.

---

110. *Schadenersatz für Körperverletzung. Haftpflicht nach Art. 62 O. R. oder nach B.-Ges. v. 26. April 1887?*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 17. Juli 1889 i. S. Hersperger c. Reinhardt und S. C. B.

Lydia Hersperger, bei der Centralbahn als Putzerin angestellt, hatte zu Hause eine Hautschürfung an einem Finger erlitten. Tags darauf sah sie sich bei ihrem Dienste am

Bahnhof dadurch gehindert und begab sich in das Stationsbureau, wo „zum Zwecke der ersten Hilfeleistung bei Unglücksfällen“ eine Kiste mit Verbandstoffen und Medicamenten lag, und ersuchte die dort anwesenden Stationsgehilfen Reinhardt und Völlmy um einen Verband. R. liess darauf aus einem Flacon mit 50%iger Carbolsäure einige Tropfen auf die Wunde träufeln und verband sie, worauf Völlmy bemerkte, das sei zu wenig, und ein grösseres Quantum der Flüssigkeit über den Verband goss. Heftige Schmerzen nöthigten die H. sich in das Spital zu begeben. Hier zeigte sich, dass die Haut des Fingers verbrannt war; sorgfältige Pflege konnte zwar das Glied retten, aber es blieb eine Steifigkeit und anormale Empfindlichkeit der Haut zurück und damit eine Verringerung der Gebrauchsfähigkeit des Fingers. Die H. klagte nun den entgangenen Lohn während der Krankheitszeit (Fr. 211. 60), Schadenersatz von Fr. 500 für die Verringerung der Arbeitskraft und Schmerzengeld von Fr. 500 ein, und zwar solidarisch gegen Reinhard und die Centralbahn, unter Vorbehalt ihrer Ansprüche gegen den auswärts wohnenden Völlmy. Gegen die S. C. B. stützt sie sich auf Art. 4 des B.-Ges. vom 26. April 1887, da die Thätigkeit des Reinhardt, die den Schaden verursacht, eine mit dem Eisenbahnbetrieb in Zusammenhang stehende Hilfsarbeit sei; daher sei ein Exculpationsbeweis Seitens der S. C. B. unzulässig; eventuell hafte sie nach Art. 62 O. R., denn die von der Bahnverwaltung getroffenen Massregeln für richtige Anwendung der in der Verbandkiste enthaltenen Heilmittel seien Mangels jeder practischen Anleitung der hiefür bestimmten jungen Burschen unzureichend. Gegen R. wird die Klage damit motiviert, dass er die vorhandenen gedruckten Instruktionen nicht beachtet habe. Die S. C. B. bestreitet ihre Haftpflicht, da die Handlung des R. nicht eine mit dem Eisenbahnbetrieb im Zusammenhang stehende Hilfsarbeit sei, und Art. 62 O. R. nicht zutreffe, weil sie durch Publication eines Reglements mit Gebrauchsanweisung für die Nothapotheke und durch Anbringen einer bezüglichen Instruction auf der Innenseite des Kistendeckels alle erforderliche Sorgfalt zur Verhütung unrichtigen Gebrauchs beobachtet habe. Reinhardt bestreitet den Causalzusammenhang zwischen seiner Thätigkeit und dem jetzigen Zustand des Fingers; jedenfalls sei seine Verschuldung keine erhebliche, da das Fläschchen keinen Hinweis auf die Gefährlichkeit des Inhalts getragen habe. Beide Beklagte beantragen auf jeden Fall Abzug des von der Arbeiterkrankenkasse der S. C. B.

bezahlten Unterstützungsbeitrags (Fr. 138) von der klägerischen Forderung. Das civilgerichtliche Urtheil, welches vom Appellationsgericht am 29. August 1889 bestätigt wurde, sprach der Klägerin unter solidarischer Behaftung der Beklagten Fr. 578. 10 zu (nämlich Schadenersatz Fr. 500, entgangenen Lohn Fr. 211. 60, Einzahlung in die Krankenkasse Fr. 4. 50, abzüglich der von dieser empfangenen Fr. 138). Das Schmerzengeld wurde in Anbetracht der immerhin nicht groben Fahrlässigkeit der Beklagten nicht zugelassen.

Motive: 1. Betreffend die Centralbahn: Die Frage der Haftpflicht ist nicht nach dem erweiterten Haftpflichtgesetz vom 26. April 1887, sondern nach Obligationenrecht zu beurtheilen; denn es kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass die Behandlung und der Verband einer Wunde Seitens eines Bahnangestellten mittelst eines von der Bahnverwaltung zur Verfügung gestellten Nothverbandes zum Betriebe der betreffenden Eisenbahn durchaus nichts beihilft und nicht als mit dem Betriebe in irgendwelchem Zusammenhang stehend betrachtet werden kann. Es ist somit der Exculpationsbeweis der Beklagten prinzipiell zuzulassen. Diesen in Art. 62 O. R. vorgesehenen Beweis der Nichtverschuldung hat die Beklagte jedoch nicht erbringen können. Das Anschlagen eines Plakats, das Auflegen eines Reglements und das Anbringen einer Anweisung in der Verbandkiste selbst können nur dazu dienen, den Angestellten die Möglichkeit und Gelegenheit zu bieten, von diesen Instruktionen Kenntniss zu nehmen. Dass die für den Dienst der Verbandkiste beauftragten Bahngehilfen wirklich davon Kenntniss hatten, dessen hat sich die Beklagte in keiner Weise versichert; sie hätte dies um so eher thun können, als die Kiste nicht zum allgemeinen Gebrauch, sondern in einem Bureau aufgestellt war, wo nur eine beschränkte Zahl von Personen Zutritt hatte. Und wenn sich die Beklagte auf die Aeusserungen des frühern Bahnarztes beruft, so ist der Sinn dieser Aeusserungen lediglich der, dass die Instruction in dieser Kürze genügend sei und einen eigentlichen Unterricht entbehren lasse. Es ist damit über die Art und Weise, in welcher die Beklagte diese Instruction zu publicieren und zu verwenden hat, nichts gesagt. Die Beklagte ist somit principiell nach Art. 62 O. R. haftbar zu erklären.

2. Betreffend Aug. Reinhardt: Die Haupteinwendung des Beklagten geht dahin, der Causalzusammenhang zwischen seiner Handlung und dem jetzigen Zustand des verletzten Gliedes sei durch die Thätigkeit des Völlmy unterbrochen

worden. Dem kann indessen nicht beigetreten werden. Das gerichtliche Gutachten des Experten sagt deutlich, dass auch nur wenige Tropfen Carbolsäure in eine Wunde geträufelt eine „hochgradige Entzündung“ hervorrufen müssen und dass die Begiessung des Verbandes durch Völlmy zur Folge gehabt habe, dass nun die Haut des Fingers rings herum zerstört worden sei. Der Experte constatiert also nur eine quantitative Differenz zwischen den Folgen der Thätigkeit des Beklagten und des Völlmy. Er hat also zweifellos in gemeinsamer Thätigkeit mit Völlmy den Schaden mitverursacht und mitverschuldet. Die allfällig aufzuwerfende Frage, in welcher Weise jeder der beiden Angestellten an den Schaden beizutragen hat, wäre nicht hier, sondern in einem Regressprocesse zwischen Reinhardt und Völlmy zu entscheiden.

Die Verschuldung ist schon durch das eigene Geständniss des Beklagten, dass er vom Vorhandensein der Instruction Kenntniss gehabt, aber dennoch dieselbe nicht gelesen habe, festgestellt.

3. Betr. Höhe des Schadenersatzanspruches. (Hier ist bloss von Interesse die Motivierung der Anrechnung der aus der Krankenkasse empfangenen Fr. 138:) Die Frage, ob die von der „Krankenkasse für die ständigen Arbeiter“ an Klägerin ausbezahlte Unterstützung von Fr. 138 von der klägerischen Forderung eventuell in Abzug zu bringen wäre, ist zu bejahen. Da die Aufnahme in diese Kasse einen obligatorischen Bestandtheil des Vertrages der Angestellten der S. C. B. mit dieser letztern bildet, so kann dessen Sinn nur der sein, dass ein allfälliger Schaden aus Krankheitsfall in erster Linie aus dieser Kasse gedeckt werden müsse. Aber abgesehen hievon kann der Schädiger nur zum Ersatz des wirklich vorhandenen Schadens bezw. der demselben entsprechenden Summe verfällt werden. Mit der Auszahlung einer Krankheitsunterstützung aber hat sich offenbar der Schaden um den Betrag dieser Unterstützung thatsächlich verringert.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesverfassung.

II. Obligationenrecht.

XIV. Concordate über Concursrecht. Nr. 67.
XV. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869.
Nr. 68. Art. 1, 3, Nr. 10. Art. 5, Nr. 11. 23. Art. 6, Nr. 79. 97. Art. 15, Nr. 10. 79.

III. Register nach Cantonen geordnet.

Vaud:

Nr. 18 (Art. 717 C. O.). — Nr. 44 (Eigenthumsvorbehalt). — Nr. 50 (Art. 865 C. O.). — Nr. 72 (Art. 131 C. O.). — Nr. 79 (Art. 623 C. O. Traité franco-suisse Art. 6, 15). — Nr. 102 (Art. 153 § 3 C. O.).

Neuchâtel:

Nr. 80 (Art. 868 C. O.). — Nr. 82 (Loi féd. sur la responsabilité des ch. d. f. 1 juillet 1875 Art. 1). — Nr. 99 (Art. 20, 24 C. O.).

Genève:

Nr. 28 (Traité franco-suisse Art. 5). — Nr. 47 (Art. 512 s. C. O.). — Nr. 48 (Art. 551, 573 C. O.). — Nr. 49 (Art. 813, 827, 808 C. O.). — Nr. 51 (Transportregl. der Eisenb. v. 1876, § 124). — Nr. 73 (Art. 145 C. O.). — Nr. 75 (Art. 225 s. C. O.). — Nr. 77 (Art. 281, 290 C. O.). — Nr. 105 (Art. 271 C. O.). — Nr. 109 (Art. 486 C. O.).

37

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VIII. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIIIe Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1890.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

VIII. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

VIIIe Volume.

Basel.
C. Detloff's Buchhandlung.
1890.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Vertrag auf Lieferung von Petrol mit Wahlrecht des Bestellers zwischen verschiedenen Qualitäten mit verschiedenen Preisen; Vorvertrag (pactum de contrahendo) oder mehrere bedingte Käufe? Geht, wenn der Besteller sich weigert zu contrahiren, das Wahlrecht auf den andern Theil über oder kann letzterer nur auf das Interesse klagen? Berechnung des Schadensersatzanspruches; Art. 111 u. 116 O. R.*

Am 26. Juli 1885 wurde zwischen P. und St. folgender Vertrag abgeschlossen: I. St. s'engage pour une durée de deux ans à partir de ce jour à acheter en Italie les Pétroles du Caucase et de Pensylvanie exclusivement à P. en lui garantissant de retirer dans le courant de chaque année une quantité de vingt mille barils au minimum. II. P. s'engage par contre pendant la dite durée de deux ans a) à ne pas vendre du Pétrole à J. et K. concurrents de St.; b) à faire en général exclusivement en faveur de St. une différence de 25 cts. (vingt cinq centimes) le % K° sur les prix qu'il cotera officiellement de jour en jour. III. Les factures seront établies sur le poids brut du baril par % K° rendu franco sur wagon . . . ., la tare des barils devant être portée en déduction moyennant 20 %. IV. P. pourra livrer le pétrole à son choix en barils d'origine américain ou russe. Il s'engage par contre à reprendre, aux prix qui seront fixés à la conclusion de chaque marché, les barils qui seront vidés à Gênes dans les citernes de St. V. Sauf stipulation expresse et contraire les conditions de payement sont les suivantes: St. autorise P. de faire à vue chèque sur lui pour la moitié de chaque facture, moins un demi pour cent d'escompte sur la dite moitié, et de disposer sur St. pour l'autre moitié en traite à 30 jours des dates des factures acceptables par l'acheteur et payables à Bâle. P. s'engage en outre pour la durée de la présente convention à ne vendre le pétrole pour expédition par wagons-citernes à aucune maison de Suisse à l'exception de St. In Ausführung dieser Uebereinkunft schlossen die Parteien am darauf folgenden Tage (27. Juli 1885) einen

weitern Vertrag ab, wonach St. von P. zunächst 10,500 Fässer kaukasischen Petrols zum Preise von $17^1/_4$ Fr. franco Waggon Genua, lieferbar mit je 2100 Fässern monatlich in den Monaten September bis Januar nächstkünftig kaufte. Schon bei Ausführung dieses Vertrages entstanden zwischen den Parteien Anstände, welche zu rechtlichen Schritten führten (a. S. d. b.-g. E. XIII S. 65 f.). Schon vor Erledigung dieses Streites, am 14. April 1886, hatte P. den St. aufgefordert, die erforderlichen Anordnungen rücksichtlich der von dem Jahresquantum von 20,000 Fass für 1885/1886 noch ausstehenden 9500 Fässer zu treffen. St. erwiderte zunächst, er wolle vorerst den Empfang der gerichtlichen Klage wegen der frühern Lieferung abwarten. Hernach im Laufe des Monates Mai 1886 machte er verschiedene Vorschläge betreffend den Bezug grösserer Quantitäten theils russischen, theils amerikanischen Petrols; eine Einigung kam indess nicht zu Stande, theils wegen der von St. gebotenen Preise, theils weil St. rücksichtlich des russischen Petrols die Garantie verlangte, dass dasselbe nicht stärker rauche als amerikanisches Standard White. Da P. letztere Garantie verweigerte, so erklärte St. am 31. Mai 1886, er werde in Zukunft nur noch amerikanisches Petrol kaufen, und machte gleichzeitig sachbezügliche Vorschläge. Es führten indess weder diese Vorschläge noch weitere zwischen den Parteien gepflogene Unterhandlungen zu einer Verständigung. St. beharrte darauf, russisches Petrol ohne Garantie wegen des Rauchens nicht nehmen zu können; bezüglich des amerikanischen Petrols machte er Preisofferten, welchen er die Preise der Nordseehäfen mit gewissen Zuschlägen zu Grunde legte, und trat im weitern mit der Anforderung hervor, dass ihm nur Petrol aus dem Staate Pensylvanien, nicht aber auch solches aus andern Staaten der nordamerikanischen Union geliefert werden dürfe, und hierüber für jeden Waggon und jedes Fass strikter Ausweis geliefert werden müsse. P. dagegen behauptete, er sei bezüglich des russischen Petrols, welches den Hauptgegenstand des Vertrages bilde, zu einer besondern Garantie nicht verpflichtet; für die Preise seien vertragsmässig seine Cotirungen in Genua und nicht die Preise der nordischen Märkte massgebend; pensylvanisches und amerikanisches Petrol Standard White seien ein und dasselbe, zu einem Ausweise, dass das Oel aus Pensylvanien stamme, sei er nicht verpflichtet. Diese Meinungsdifferenzen konnten nicht ausgeglichen werden und es kam daher zu keinem Bezuge von Petroleum seitens des St. auf die für das

erste Vertragsjahr noch restirenden 9500 Fass. P. verlangte nun am 30. October 1886 die richterliche Ermächtigung zum Verkaufe der 9500 Fass russischen Petrols aus freier Hand. Durch Beschluss des Civilgerichtes B. vom 16. November 1886 wurde P. gestattet, die betreffenden 9500 Fass russischen Petrols zu dem in Genua geltenden Marktpreise zu verkaufen. Im Laufe des December 1886 liess in Folge dessen P. die 9500 Fass durch einen amtlichen Handelsmakler verkaufen und klagte sodann seinen Schaden ein, indem er beantragte: St. sei zur Zahlung von Fr. 87604. 95 Werth 31. December 1886 zu verurtheilen, nämlich

1. Fr. 52,327.95 Differenz zwischen den vertraglichen Verkaufspreisen und dem Reinerlöse der Waare;
2. „ 8740.— Ausladespesen, d. h. Kosten des Ausladens, Wägens, Einbringens in die Lagerhäuser;
3. „ 15,900.— Lagerspesen;
4. „ 1765.80 Versicherungsspesen;
5. „ 8871.20 Zinsverlust.

Der Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils, durch welches St. zur Zahlung einer Entschädigung von Fr. 20,000 an P. verurtheilt wurde, entnehmen wir folgendes:

„Es ist nicht bestritten, dass St. verpflichtet war, von P. im Laufe des Jahres 1885/1886 (bis 26. Juli 1886) 9500 Fass Petrol zu kaufen. Demnach ist der zwischen den Parteien am 26. Juli 1885 abgeschlossene Vertrag (jedenfalls insoweit es die jetzt streitige restliche Lieferung von 9500 Fass Petrol für das erste Vertragsjahr anbelangt) zwar nicht als Kauf, wohl aber als beidseitig verbindender Vorvertrag zu einem solchen (als pactum de vendendo et de emendo) aufzufassen. Der Kaufvertrag selbst liegt in dem Vertrage vom 26. Juli 1885 nicht, da nach der ganzen Fassung der Vertragsurkunde nicht der gegenwärtige Abschluss eines Kaufgeschäftes gewollt ist, sondern vielmehr der künftige Abschluss eines solchen versprochen wird. Dagegen liegt für die Restlieferung, wie von den Parteien nicht bestritten wird, ein beidseitig bindendes Rechtsgeschäft vor, das denn nur als ein Vorvertrag zu einem zukünftigen Kaufe qualificirt werden kann. Aus dem Vertrage vom 26. Juli 1885 entsprang somit für beide Parteien die Verpflichtung, einen Kaufvertrag über die vereinbarte Waare und zu den vereinbarten Gedingen abzuschliessen, wie sie dies für den ersten Theil der Lieferung des ersten Vertragsjahres durch die Uebereinkunft vom 27. Juli 1885 denn auch thatsächlich gethan haben. Streitig ist nur, ob das Nichtzustandekommen eines solchen

Kaufvertrages von P. oder aber von St. verschuldet und zu vertreten sei. Die Vorinstanzen nehmen letzteres an und es ist denselben hierin durchaus beizutreten. Es ist zwar zuzugeben, dass dem St. die Wahl zustand, ob und inwieweit er kaukasisches oder aber amerikanisches Petrol kaufen wolle. Die Parteien mögen freilich bei Abschluss des Vertrages wesentlich die Einfuhr kaukasischen Petrols im Auge gehabt, an eine Spekulation in kaukasischem Petrol gedacht haben, allein stipulirt haben sie dies nicht, vertraglich hat sich vielmehr der Beklagte nur verpflichtet, das vorgesehene Minimalquantum von jährlich 20,000 Fass entweder kaukasischen oder amerikanischen Oels zu beziehen; nach der Fassung des Vertrages, wie nach der Natur des Verhältnisses kann nicht zweifelhaft sein, dass dabei das Wahlrecht, d. h. das Recht, zu bestimmen, ob und inwieweit amerikanisches oder aber kaukasisches Oel geliefert werden soll, dem St. zustand. Dieser konnte Lieferung ganz in der einen oder andern oder theilweise in der einen, theilweise in der andern Sorte verlangen. Wenn daher die Nichterfüllung des Vertrages auf eine Weigerung des P., amerikanisches Petrol zu liefern, zurückzuführen wäre, so erschiene die Klage prinzipiell als unbegründet. Allein dies ist nun nicht der Fall. Vielmehr ist es St., welcher die Erfüllung des Vertrages vom 26. Juli 1885, d. h. den Abschluss eines Kaufes über das Restquantum von 9500 Fass vereitelt hat. Denn St. hat die ihm zustehende und obliegende Bezeichnung der zu kaufenden Sorte wirksam gar nicht getroffen, da er eben alle seine Vorschläge stetsfort an vertragswidrige Forderungen knüpfte; vertragswidrig war speziell im vorliegenden Falle auch das Begehren, dass nur Oel aus dem Staate Pensylvanien geliefert werden dürfe. Während also St. den Abschluss eines Kaufvertrages auf vertragsmässiger Grundlage durch seine vertragswidrigen Ansinnen vereitelte, war P. seinerseits zur Vertragserfüllung bereit, indem er auch die Lieferung amerikanischen Petrols, wenn er auch dazu nicht verpflichtet zu sein behauptete, nicht verweigerte. Dass er erklärte, an amerikanischem Petrol nicht das ganze vertragsmässige Quantum innerhalb der vertragsmässigen Frist liefern zu können, ist gleichgültig. Denn es ist mit den Vorinstanzen anzuerkennen, dass St. seine Wahl der zu liefernden Sorte nicht erst in den letzten Tagen, sondern rechtzeitig treffen musste, und dass er, wenn er die Wahl verspätet erklärte, sich eben eine Hinausschiebung des Lieferungstermins musste gefallen lassen; die Erklärung des P., nicht das ganze Quan-

tum an amerikanischem Oel innert der vertragsmässigen Bezugsfrist liefern zu können, berechtigte daher den St., der eine vertragsmässige Wahl nicht nur nicht rechtzeitig, sondern überhaupt gar nicht getroffen hat, keinenfalls zum Rücktritte vom Vertrage.

Nach dem in Art. 111 des O. R. aufgestellten Grundsatze löst sich jede Verpflichtung, etwas zu thun, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner zur Last fällt, in eine Verbindlichkeit zum Schadenersatze auf. Dieser Grundsatz findet unzweifelhaft auch auf Vorverträge Anwendung, welche die (ein- oder zweiseitige) Verpflichtung zum Abschluss eines anderweitigen (Haupt-) Vertrages, also auf ein rechtsgeschäftliches Thun begründen. Danach haftet denn St. dem P. für das Interesse, welches dieser an dem Zustandekommen und der Erfüllung des vereinbarten Kaufvertrages hatte. Fragt sich nun, nach welchen Grundsätzen dieses Interesse zu bemessen sei, so ist prinzipiell der Auffassung der Vorinstanzen beizutreten. Es ist richtig, dass P. nicht befugt war, sich, bevor St. seine Wahl zwischen den beiden Waarensorten getroffen hatte und daher das definitive Kaufgeschäft abgeschlossen war, einseitig in der einen oder andern Sorte auf Rechnung des St. zu decken. St. war ja stets berechtigt, zu erklären, dass er den Kaufvertrag nicht über die von P. auf Lager genommene, sondern über die andere Sorte abzuschliessen gedenke, und es musste P. sich diese Erklärung gefallen lassen und auf Grund derselben den Kaufvertrag abschliessen. Gerieth St., wie dies wirklich der Fall war, mit der Abgabe seiner Erklärung in Verzug, so berechtigte auch dies den P. nicht, nunmehr an Stelle des St. die Wahl zu treffen und so die zum definitiven Kaufabschlusse nöthige Willenserklärung des St. seinerseits in dem ihm beliebigen Sinne zu ergänzen. Andrerseits war denn auch P. vor der Wahl des St. nicht verpflichtet, sich zu decken, sondern konnte damit zuwarten, bis der Kaufvertrag selbst durch die Wahl des St. zum Abschlusse gelangt war. Danach kann P. dem St. die Beträge für Anschaffung und Lagerung russischen Petrols nicht in Rechnung bringen, da St. nicht verpflichtet ist, die fragliche Anschaffung als auf seine Rechnung geschehen gelten zu lassen. Wie es sich verhielte, wenn P. vorsorglich in beiden Waarensorten, sowohl in amerikanischem als in russischem Petrol sich gedeckt hätte, braucht nicht untersucht zu werden, da dies in Wirklichkeit nicht geschehen ist. Nach Lage der Sache geht der Interessenanspruch des Klägers, wie die Vorinstanzen annehmen,

einfach auf Ersatz desjenigen Gewinns, den er gemacht hätte, wenn er zu vertragsmässiger Lieferungszeit (d. h. bis 26. Juli 1886) 9500 Fass Petrol hätte liefern können. Dabei kann, da dem St. die Wahl zustand, nur derjenige Gewinn in Betracht fallen, welchen P. sowohl bei Lieferung amerikanischen als bei Lieferung kaukasischen Petrols gemacht hätte, und ist im Fernern davon auszugehen, dass innerhalb der vertraglichen einjährigen Frist St. in Bestimmung der Lieferungstermine nicht gebunden war, also das ganze vertragliche Quantum auch auf einmal, zu Ende der vertraglichen Frist, beziehen konnte. Letzteres ist zwar von P. bestritten und behauptet worden, nach Sinn und Geist des Vertrages hätte St. die Waare successive, in monatlichen Lieferungen (von März bis Juli) beziehen müssen. Allein diese Einwendung ist nicht begründet. Die gegentheilige Annahme ist im Gegentheil nach dem Wortlaute des Vertrages, welcher dem St. den Bezug unbeschränkt während der ganzen Dauer eines Jahres gestattet, durchaus begründet. In Betreff der Höhe des danach zu ersetzenden entgangenen Gewinns ist klar, dass es sich hier nicht um einen ziffermässig genau nachweisbaren Betrag handelt, sondern dass eine ungefähre Abschätzung nach freiem richterlichem Ermessen (Art. 116 Abs. 2 des O. R.) Platz greifen muss. Als Anhaltspunkt kann dabei die von den Vorinstanzen erhobene Expertise dienen, während von Veranstaltung einer Oberexpertise Umgang zu nehmen ist, da auch Sachverständigen eine genaue Taxation des eingetretenen Nachtheils im vorliegenden Falle nicht möglich wäre. Die vorinstanzlichen Sachverständigen bezeichnen nun den Betrag von 1 Fr. per 100 Kilo als Minimum des Gewinns, auf welchen der Kläger bei Eingehung des Vertrages habe rechnen können, und die Vorinstanzen haben sich damit begnügt, dem Kläger dieses Minimum zuzusprechen. Dies erscheint nicht als gerechtfertigt; vielmehr rechtfertigt es sich, dem Kläger eine diesen Minimalbetrag übersteigende Entschädigung zuzubilligen, also die Entschädigung so zu bemessen, dass sie den dem Kläger entstandenen erstattungsfähigen Nachtheil jedenfalls deckt. Es kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, von dem dem Richter zustehenden freien Ermessen bei der Schadensberechnung in diesem Sinne Gebrauch zu machen, als das Verhalten des Beklagten offenbar ein bewusst rechtswidriges war. In Berücksichtigung aller Verhältnisse rechtfertigt es sich, die vorinstanzlich gesprochene Entschädigung um ca. 50 Cts per 100 Kilo, in runder Summe auf 20,000 Fr. zu

erhöhen." (Entsch. vom 4. Octbr. 1889 i. S. Profumo c. Stumm.)

---

2. *Aktiengesellschaft. Einforderung auf die Aktien im Falle Konkurses der Gesellschaft. Legitimation der Konkursgläubiger zur Anhebung der bezüglichen Klage. Einzahlungspflicht der Zeichner lediglich gegen Einräumung von Aktienrechten. Rechtswirksamkeit der Zeichnung nach Massgabe ihres Inhalts, Unzulässigkeit der Einrede abweichender Parteienabrede, des Betrugs und Irrthums. Wirkung der Eintragung der Aktiengesellschaft im Handelsregister; werden durch dieselbe Verstösse gegen die Normativvorschriften, speciell bezüglich der gesetzlichen Verpflichtung zur ersten Einzahlung von 20%, geheilt? Gutschrift der gezeichneten, aber nicht einbezahlten Aktienbeträge im Kassabuche durch die Gründer; wird der Aktienzeichner dadurch von der Einzahlungspflicht befreit?*

Im October 1885 gründeten C. St., J. N. und H. St. nebst vier andern eine Aktiengesellschaft unter der Firma Bijouteriefabrik Zürich, mit einem angeblichen Aktiencapital von 500,000 Fr. zerfallend in 1000 Inhaberaktien zu 500 Fr. Als Einlage übernimmt die Gesellschaft von der (Kollektivgesellschaft) Bijouteriefabrik St. deren Geschäft und Waaren um den Anschlagspreis von 500,000 Fr., wovon 150,000 Fr. in baar und 350,000 Fr. in vollständig liberirten Aktien der Gesellschaft zu leisten sind. Das Protokoll der constituirenden Generalversammlung der Aktionäre constatirt, dass das ganze Aktienkapital gezeichnet und 20% auf jede Aktie eingezahlt sind, und genehmigt den Kaufvertrag mit der Bijouteriefabrik St. Darauf erfolgte der Eintrag in das Handelsregister. Im Mai 1886 gerieth diese Aktiengesellschaft in Konkurs, bald darauf auch die Collectivgesellschaft St. in Liquidation. Die Abtretung der Aktiven Seitens letzterer wurde richterlich, als zu Benachtheiligung der Gläubiger geschehen, ungültig erklärt. Auf die Aktien der Bijouteriefabrik Z. war in Wirklichkeit keine baare Einzahlung geleistet worden; die Konkursverwaltung wollte aber ihrerseits weder die Aktienzeichner auf Einzahlung der Aktienbeträge noch die Gründer auf Schadenersatz belangen, sondern überliess die Verfolgung dieser Ansprüche den Gläubigern, von denen einige nun unter anderm gegen J. N. Klage auf Einzahlung der von ihm gezeichneten Aktien erhoben.

Die erste Instanz wies die Klage auf Einzahlung der rückständigen Aktienbeträge ab, weil diese Einzahlung nur

gegen Aushändigung von Aktientiteln verlangt werden könnte, nun aber die Kläger nicht im Stande seien, den Beklagten Aktientitel auszuhändigen. Die zweite Instanz dagegen erkannte gemäss dem Klageantrage und das Bundesgericht bestätigte dieses Urtheil. Gründe:

Beklagter hat in erster Linie den Klägern die Legitimation zur Klage bestritten, weil ihre Forderungen an die Aktiengesellschaft bestritten und nicht festgestellt seien. Die Vorinstanz hat dem gegenüber ausgeführt, die Aktivlegitimation der Kläger sei durch die blosse Thatsache gegeben, dass dieselben im Konkurse der Aktiengesellschaft formell als Gläubiger aufgetreten und ihnen mit Rücksicht hierauf von der Konkursverwaltung die Führung dieses Prozesses überlassen worden sei; denn sie machen ja keinen selbständigen, ihnen als Gläubigern direkt zustehenden Anspruch, sondern einen Anspruch der Aktiengesellschaft geltend und bedürfen desshalb zu ihrer Legitimation auch nur der Ermächtigung seitens der letztern, welche Ermächtigung nach Art. 62 des kantonalen Konkursgesetzes jedem gegeben werden könne, der im Konkurse formell als Gläubiger auftrete. Ob die Forderungen der Kläger an die Aktiengesellschaft materiell begründet seien oder nicht, sei hier nicht zu untersuchen, sondern müsse im Konkurse der schuldnerischen Gesellschaft untersucht und entschieden werden. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes. Unzweifelhaft ist, dass die Kläger an Stelle und mit Ermächtigung der Konkursverwaltung einen Anspruch der Konkursmasse der Aktiengesellschaft Bijouteriefabrik und nicht etwa einen selbständigen, unmittelbar aus ihrem individuellen Gläubigerrechte hergeleiteten, Anspruch geltend machen. Die Frage nun aber, wer berechtigt sei, die Rechte der Konkursmasse geltend zu machen, ob hiezu jeder, der eine Forderung im Konkurse angemeldet habe, von der Konkursverwaltung ermächtigt werden könne, oder ob es vielmehr der vorherigen Feststellung seines Gläubigerrechtes bedürfe, ist ausschliesslich nach dem kantonalen Konkursrechte und nicht nach eidgenössischem Obligationenrechte zu beurtheilen und daher gemäss Art. 29 O.-G. vom Bundesgericht nicht zu prüfen. Wenn der Beklagte die Aktivlegitimation der Kläger im Fernern desshalb bestritten hat, weil er zu denselben in keinem Vertragsverhältnisse stehe, ein solches vielmehr nur zwischen den einzelnen Aktienzeichnern und Gründern begründet worden sei, so geht auch diese Einwendung vollständig fehl. Es ist ja klar, dass aus der Aktienzeichnung

die (zu begründende) Aktiengesellschaft berechtigt werden sollte und mit ihrer Entstehung berechtigt wurde. Die Kläger aber machen, wie bemerkt, lediglich die Rechte der Konkursmasse der Aktiengesellschaft geltend.

Die von der ersten Instanz für begründet erachtete Einwendung, da die Aktiengesellschaft in Folge Konkursausbruches Aktientitel zu gewähren nicht mehr im Stande sei, so können auch die Zeichner zu Einzahlung der gezeichneten Aktien nicht mehr angehalten werden, ist von dem Appellationsgerichte mit Recht zurückgewiesen worden. Allerdings ist die Verpflichtung des Aktienzeichners keine einseitige, sondern geht auf Einzahlung der gezeichneten Beträge gegen Einräumung von Aktienrechten, so dass der Zeichner zur Einzahlung nur gegen Gewährung der entsprechenden Zahl von Aktienrechten verpflichtet ist. Es ist ferner richtig, dass diese Natur der Verpflichtung des Aktienzeichners durch den Konkursausbruch über die Gesellschaft prinzipiell nicht geändert wird, sowie dass der Zeichner in der Regel berechtigt ist, zu verlangen, dass ihm für die ihm gebührenden Aktienrechte (gegen Vollzahlung) Aktienbriefe ausgefolgt werden; denn in dem Aktienbriefe (der Aktie in diesem Sinne) verkörpert sich ja das Aktienrecht; der Aktienbrief ist nach den Bestimmungen des Gesetzes dessen Träger. Allein diese Regel gilt doch, wie mit der Vorinstanz anzuerkennen ist, nicht schlechthin unbedingt; soweit bei ausgebrochenem Konkurse über die Aktiengesellschaft die Einräumung der Aktienrechte an die Zeichner noch möglich ist und anerboten wird und nur die Ausfertigung der Aktienbriefe in statutenmässiger Form wegen Wegfalles der kompetenten Gesellschaftsorgane in Folge der Auflösung der Gesellschaft nicht mehr erfolgen kann, müssen sich die Zeichner, statt der Aktienbriefe, mit der Quittung über die geleisteten Einzahlungen und der gleichzeitigen Anerkennung ihrer Eigenschaft als Aktionäre, als einem nach Lage der Sache gleichwerthigen Ersatze, begnügen. In der That wird ja hiedurch in dem vorausgesetzten Falle dem Aktienzeichner die Ausübung aller Rechte eines Aktionärs, von denen im Konkurse der Gesellschaft noch die Rede sein kann, ermöglicht. Aktienrecht und Aktienbrief sind eben nicht identisch; wenn auch letzterer der normale Träger des erstern ist, so erscheint er doch nicht als schlechthin und unbedingt zu Entstehung des Aktienrechts nothwendiger Faktor. Es ist denn auch die aus der gegentheiligen Ansicht folgende Konsequenz, wonach da, wo vor dem Konkursausbruche über eine Aktiengesell-

schaft die Aktienbriefe nicht gefertigt wurden, die Aktienzeichner im Konkurse von jeder Einzahlungspflicht befreit wären und die Gesellschaftsgläubiger also (von ihren Schadenersatzforderungen gegen Gründer oder Verwaltung abgesehen) das leere Nachsehen hätten, gewiss eine völlig unerträgliche. Im vorliegenden Falle sind nun Aktienbriefe zwar wohl gedruckt, aber weder gestempelt noch von den kompetenten Organen der Gesellschaft unterzeichnet und noch weniger natürlich begeben worden. Die Gesellschaft hat also nicht etwa über die Aktienrechte (durch Begebung der Aktienbriefe) zu Gunsten anderer Personen als der Zeichner verfügt; dieselbe resp. deren Konkursmasse ist vielmehr in der Lage und bereit, den Zeichnern die ihren Zeichnungen entsprechenden Aktienrechte einzuräumen, und es können nur, da nach der Feststellung des Vorderrichters in Folge des Konkursausbruches die hiefür kompetenten Gesellschaftsorgane weggefallen sind, die Aktienbriefe nicht mehr in statutenmässiger Form ausgefertigt, sondern müssen durch eine Quittung verbunden mit der Anerkennung der Eigenschaft als Aktionär ersetzt werden. Nach dem oben bemerkten werden hiedurch die Aktienzeichner nicht befreit. Die Entscheidungen des deutschen Reichsoberhandelsgerichtes (XIX S. 230 ff. und XX S. 273 ff.), auf welche zu Begründung der gegentheiligen Ansicht Bezug genommen worden ist, treffen den vorliegenden Fall nicht; sie haben vielmehr den ganz andern Thatbestand im Auge, dass die Aktiengesellschaft während ihres Bestehens die Aktienbriefe an andere Personen als die Zeichner begeben hat und daher im Konkurse zu Einräumung von Aktienrechten an die Zeichner nicht mehr im Stande ist; der hier in Frage liegende Fall (wo überhaupt während des Bestehens der Aktiengesellschaft keine Aktienbriefe gefertigt und begeben wurden) wird dabei ausdrücklich vorbehalten (vergl. auch Vavasseur, Revue des Sociétés, I S. 235).

Vom Beklagten ist der Klage des Fernern die Einwendung entgegengestellt worden, er habe niemals den Willen gehabt, durch seine Unterschrift sich zu Einzahlung der gezeichneten Aktienbeträge zu verpflichten. Sein Wille sei, in Uebereinstimmung mit demjenigen der Mitgründer, blos dahin gegangen, für ein ihm zustehendes (gefährdetes) Guthaben an die Kollektivgesellschaft G. Stapfer durch Uebernahme einer entsprechenden Anzahl Aktien der neu zu gründenden Aktiengesellschaft (welche von der Kreditbank in Basel hätten vertrieben werden sollen) Deckung oder

Zahlung zu empfangen. Es sei ihm seitens der Mitgründer, speziell der Gebrüder St., zugesichert und vorgespiegelt worden, er brauche nichts einzubezahlen, sondern könne seine Einzahlungspflicht durch Verrechnung des Guthabens an die Kollektivgesellschaft St. & Cie. erfüllen, und er habe dies auch geglaubt. In diesem Sinne habe er seine Unterschrift gegeben, ohne die Statuten, die auch nicht seien vorgelesen worden, auch nur zu lesen. Niemals habe er daran gedacht, eine Verpflichtung zu Einzahlung der Aktienbeträge zu übernehmen; von den Manipulationen der Mitgründer, insbesondere von dem Missverhältnisse zwischen dem wirklichen Werthe der eingebrachten Waaren und dem Anschlagspreise derselben, habe er keine Kenntniss gehabt; es stehen ihm daher die Einwendungen des mangelnden Verpflichtungswillens beziehungsweise des wesentlichen Irrthums und des Betrugs zur Seite. Diese Einwendungen sind von der Vorinstanz mit Recht zurückgewiesen worden. Der Beklagte bestreitet nicht, dass er die unbedingte, irgend welche Beschränkung oder Nebenabrede nicht enthaltende, zu Baareinzahlung verpflichtende Aktienzeichnung mit dem Bewusstsein und Willen, eine solche Zeichnungserklärung abzugeben, vorgenommen habe. Danach haftet er aber gegenüber der Aktiengesellschaft resp. deren Konkursmasse, nach Massgabe des Inhaltes dieser seiner schriftlichen Erklärung, und kann anderweitige, mit Projektanten oder Mitgründern allfällig vereinbarte Beschränkungen oder Nebenabreden der Aktiengesellschaft nicht entgegenhalten. Diese wird berechtigt nach Inhalt derjenigen Willenserklärung, welche dem Zeichner zu ihren Handen, um als Ausweis der Zeichnung des Grundkapitals und damit zu Ermöglichung der Begründung der Gesellschaft zu dienen, abgegeben wurde, d. h. nach Inhalt der schriftlichen Betheiligungserklärung. Denn der Beklagte wusste und musste wissen, dass seine Zeichnung in diesem Sinne könne und werde verwendet werden; er wollte der Aktiengesellschaft und beziehungsweise dem Handelsregisterführer gegenüber seine Betheiligungserklärung so abgeben, wie dieselbe lautet, d. h. als unbedingte, zur Einzahlung verpflichtende Betheiligungserklärung. Darauf, er habe sich nicht wirklich zur Einzahlung verpflichten wollen, kann sich ein Aktienzeichner, welcher eine unbedingte Betheiligungserklärung ausgestellt und diese zum Ausweise der Deckung des Grundkapitals hat verwenden lassen oder wohl gar selbst verwendet hat, der Aktiengesellschaft oder deren Gläubigerschaft gegenüber gewiss nicht berufen. Der Aktiengesell-

schaft und damit mittelbar Dritten gegenüber haftet der Zeichner vielmehr so, wie seine zu ihren Handen abgegebene Betheiligungserklärung lautet (vergl. Art. 16 Absatz 2 O. R.). Abmachungen mit Projektanten oder Mitgründern, wonach die Zahlung überhaupt nicht oder nur unter gewissen im Zahlungsschein nicht ausgedrückten Modalitäten geschehen solle, mögen einen Anspruch gegenüber den betreffenden Kontrahenten begründen; der Aktiengesellschaft stehen sie nicht entgegen. Denn die Projektanten oder Gründer sind, wenn sie auch für Begründung der Aktiengesellschaft thätig sind, doch nicht Stellvertreter derselben; die Aktiengesellschaft erscheint vielmehr ihnen gegenüber als Dritter; ihre Rechte gegenüber dem Zeichner stützen sich unmittelbar auf dessen schriftliche Betheiligungserklärung (vergl. hiezu Wiener, Zeitschrift für Handelsrecht, XXIV S. 450 u. ff.). Danach kann denn, da eben Aktiengesellschaft und Gründer nicht identisch, auch die letztern nicht die Stellvertreter der erstern sind, dem Anspruche der Aktiengesellschaft aus dem Zeichnungsschein auch nicht die Einrede des Betruges wegen Handlungen der Gründer oder Projektanten entgegengehalten werden (Art. 24 und 25 O. R.). Uebrigens könnte im vorliegenden Falle von einem Betruge der Mitgründer gegenüber dem Beklagten nach dem vorinstanzlich festgestellten Thatbestande thatsächlich nicht die Rede sein. Denn die Vorinstanz nimmt an, der Beklagte habe im Ernste gar nicht geglaubt, sich durch Verrechnung seines werthlosen Guthabens an die Firma G. St. von seiner Einzahlungspflicht befreien zu können, und sei auch darüber nicht im Zweifel gewesen, dass die von den Gebrüdern St. eingebrachten Waaren den ihnen im Gründungsvertrage beigelegten Werth bei weitem nicht besitzen; er habe sich vielmehr einfach durch die Hoffnung leiten lassen, die gezeichneten Aktien noch rechtzeitig vor dem Krache absetzen zu können und dadurch frei zu werden.

Des Weitern ist vom Beklagten eingewendet worden, er hafte aus seiner Zeichnung gemäss Art. 617 O. R. desshalb nicht, weil die Aktiengesellschaft überhaupt nicht gültig zu Stande gekommen sei. Hiegegen ist zu bemerken: Die Aktiengesellschaft Bijouteriefabrik Z. ist ins Handelsregister eingetragen und hat auch thatsächlich ihre Geschäfte begonnen. Richtig ist allerdings, dass bei ihrer Begründung in arger Weise gegen gesetzliche Normativvorschriften verstossen wurde, da die Bescheinigung, es seien 20 % auf jede Aktie einbezahlt, eine durchaus unwahre war. Allein ein bei

der Gründung begangener Verstoss gegen eine Normativvorschrift des Gesetzes macht die durch die Eintragung ins Handelsregister formell begründete Aktiengesellschaft nicht nichtig. Freilich sind die Normativvorschriften des Gesetzes in dem Sinne zwingenden Rechtens, dass sie durch den Parteiwillen nicht abgeändert werden können, und die Registerbehörde deren Erfüllung zu prüfen und, sofern sie ersieht, dass dieselben nicht erfüllt sind, die Eintragung zu verweigern hat; es sollen also nach dem Willen des Gesetzes Aktiengesellschaften nicht anders als unter Erfüllung der sämmtlichen Normativvorschriften begründet werden. Allein wenn eine Aktiengesellschaft nichtsdestoweniger trotz Nichterfüllung einer Normativvorschrift zum Eintrage gelangt, indem es z. B. wie im vorliegenden Falle gelingt, den Handelsregisterführer durch unrichtige Bescheinigungen zu täuschen, so ist die eingetragene Gesellschaft nicht nichtig. Trotz des Verstosses gegen die Normativvorschrift äussert der Formalakt der Eintragung seine Wirkung: Die Gesellschaft hat durch denselben rechtliche Persönlichkeit erlangt; der Verstoss gegen die Normativvorschrift ist durch die Eintragung geheilt. Das Gesetz droht die Folge der Nichtigkeit nicht ausdrücklich an und es ergibt sich dieselbe auch nicht aus dem Zusammenhange des Gesetzes. Vielmehr folgt daraus, dass das Gesetz (Art. 623 O. R.) zwar wohl die Haftung für Rechtsgeschäfte, welche für eine Aktiengesellschaft v o r deren Eintrag ins Handelsregister abgeschlossen werden, normirt, dagegen eine Bestimmung rücksichtlich der Rechtsgeschäfte eingetragener, aber unter Verletzung gesetzlicher Normativvorschriften begründeter, Gesellschaften nicht enthält, dass es eben für die Rechtsgeschäfte eingetragener Gesellschaften schlechthin die Aktiengesellschaft als haftbar, dieselbe also als rechtlich existent betrachtet und behandelt. In diesem Sinne haben sich denn auch die deutsche Doktrin und Praxis übereinstimmend ausgesprochen, welche für die Auslegung des Obligationenrechtes um so mehr von Bedeutung sind, als das Obligationenrecht in seinen Vorschriften über die Entstehung der Aktiengesellschaften sich wesentlich an die deutsche Aktiennovelle von 1870 anlehnt. Das französische Recht seinerseits dagegen schreibt allerdings vor, dass eine Aktiengesellschaft, bei deren Gründung gegen gesetzliche Normativvorschriften verstossen worden ist, auf Betreiben jedes Betheiligten für ungültig könne erklärt werden. Allein es ist immerhin zu beachten, dass es auch in Frankreich anerkannten Rechtens ist, dass die Aktionäre

die Nichtigkeit der Gesellschaft Dritten nicht entgegenhalten können, dass dieselben vielmehr, trotz der Nichtigerklärung der Gesellschaft, für die während deren faktischen Bestandes auf ihren Namen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte Dritten haften (s. Lyon-Caën & Renault, Précis de droit commercial, 1. Aufl. I, Nr. 470). Wenn der Beklagte speziell behauptet, es habe die Aktiengesellschaft Bijouteriefabrik Z. mangels eines wirklich vorhandenen Grundkapitals nicht entstehen können, so ist auch dies unrichtig. Das Grundkapital der Gesellschaft war, und zwar vollständig, gezeichnet; dass es nicht vollständig einbringlich ist, hindert die Entstehung der Aktiengesellschaft nicht. Der Beklagte kann sich übrigens hierauf um so weniger berufen, als er selbst in Verbindung mit den übrigen Gründern die Erklärung abgegeben hat, es sei das Grundkapital vollständig gezeichnet, und nun gewiss nicht hintendrein geltend machen kann, es sei das Grundkapital wegen Insolvenz einzelner Zeichner u. s. w. nicht, resp. nicht vollständig einbringlich.

Noch weniger ist die Einwendung begründet, dass der Beklagte durch Gutschrift der gezeichneten Beträge im Kassabuch liberirt worden sei. Die fragliche Gutschrift ist von den Gesellschaftsgründern bewirkt worden. Die Vorinstanz führt nun mit Recht aus, dass diese einen Zeichner nur durch Vernichtung seiner Zeichnung seiner Verbindlichkeit entlassen können, dass dagegen die von ihnen ausgesprochene Befreiung von der Einzahlungspflicht für eine der Aktiengesellschaft überwiesene Zeichnung der Gesellschaft gegenüber unwirksam sei, und dass übrigens auch die Gesellschaft selbst die Zeichner selbstverständlich nicht entlassen könnte.

Die Behauptung des Beklagten, die Einzahlungspflicht könne nur bis auf die Höhe der klägerischen Forderungen geltend gemacht werden, erledigt sich durch den einfachen Hinweis darauf, dass die Kläger nicht ihre Forderungen an die Aktiengesellschaft, sondern die Rechte der Aktiengesellschaft aus der Zeichnung geltend machen. Dagegen hätte allerdings wohl mit Recht geltend gemacht werden können, es sei die Aktiengesellschaft resp. deren Konkursmasse zu Einforderung der Zeichnungen nur insoweit befugt, als dies zu Befriedigung der sämmtlichen Konkursgläubiger der Gesellschaft erforderlich sei, und es sei die hiezu erforderliche Summe auf die sämmtlichen Zeichner nach Verhältniss ihrer noch ausstehenden Beiträge (unter eventueller antheilsmässiger Haftung derselben für nicht einbezahlte Beträge anderweitiger Zeichner) zu vertheilen. Allein dieser Gesichtspunkt ist vom

Beklagten nicht geltend gemacht worden; es ist speziell nicht behauptet oder dargethan worden, dass die Bezahlung der sämmtlichen Gesellschaftsschulden nicht die Einforderung seines gesammten Beitrages erfordere. (Entsch. v. 14. Septbr. 1889 i. S. Nägeli ca. Schweizer u. Cons., a. S. d. b.-g. E. XV Nr. 87.)

---

3. *Art. 56 und 43 Abs. 2. B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Besteht ein Ehegerichtsstand für Deutsche in der Schweiz?*[1]) *Folgt bezüglich der Vollziehung von Ehescheidungsurtheilen die Verbürgung der Gegenseitigkeit aus Art. 43 Abs. 2 leg. cit.*

Hierüber hat sich das B.-Gericht folgendermassen ausgesprochen: Es ist grundsätzlich durchaus an der vom Bundesgerichte in der Entscheidung in Sachen Graberg (Amtliche Sammlung V S. 264 u. ff.) ausgesprochenen Anschauung festzuhalten, dass zu Erbringung des in Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe geforderten Nachweises nicht schlechthin die Beibringung einer Erklärung der betreffenden Staatsregierung erforderlich ist, sondern es genügt, wenn aus der Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des ausländischen Staates dargethan wird, dass die von dem auswärtigen Gerichte am Wohnorte der Ehegatten ausgesprochene Scheidung anerkannt wird, bezw. anerkannt werden muss.

Allein dieser Nachweis ist nun hier nicht erbracht. Es ist zwar nach den Thatsachen des vorliegenden Falles nicht zu bezweifeln, dass der Ehemann Sch. seinen Wohnsitz in der Schweiz hat und dass dies auch von dem deutschen Vollstreckungsgerichte würde anerkannt werden; es darf also als feststehend angenommen werden, dass das schweizerische Gericht zu Beurtheilung der Ehescheidungsklage nach der deutschen Reichs-Civilprozessordnung (§ 568) kompetent wäre und dass dies auch von den deutschen Gerichten anerkannt würde. Allein nach § 661 Ziffer 5 der deutschen Reichs-Civilprozessordnung ist nun die Vollstreckung ausländischer, wenn auch von einem kompetenten Gerichte ausgehender, Urtheile auch dann zu versagen, „wenn die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.“ Wenn Sch. es unternommen hat, darzuthun, dass in Ehescheidungssachen „nach der Lage der deutschen und schweizerischen Gesetzgebung“ das Requisit der Reziprozität „begriffsmässig“ gar nicht „in Betracht kommen“ könne, so ist darauf einfach zu erwidern, dass die deutsche Civilprozessordnung die Vollstreckbarkeit aller aus-

---

[1]) Vgl. diese Revue Bd. III Nr. 79, Bd. IV Nr. 111; Bd. V Nr. 17.

ländischen Urtheile ohne Unterschied, also auch diejenige der Ehescheidungsurtheile, davon abhängig macht, dass die Gegenseitigkeit verbürgt sei, wie denn auch das württembergische Justizministerium in seinem auf den vorliegenden Fall bezüglichen Rescript auf diese Gesetzesbestimmung ausdrücklich hinweist. Dass nun von den deutschen Gerichten anerkannt würde, es sei im Kanton Zürich die Gegenseitigkeit in Bezug auf die Vollstreckung deutscher Urtheile verbürgt, steht keineswegs fest. Wenn Sch. ausgeführt hat, in Bezug auf Ehescheidungsurtheile folge die Verbürgung der Gegenseitigkeit für die ganze Schweiz ohne weiters aus Art. 43 des Civilstands- und Ehegesetzes, so ist dies nicht richtig. Die Auslegung des Art. 43 C.-St.-G. ist bekanntlich eine sehr bestrittene, und es ist z. B. vom Bundesrathe, in diametralem Gegensatze zu der Behauptung des Sch., die Ansicht ausgesprochen worden, ausländische Scheidungsurtheile über schweizerische Eheleute dürfen nach Art. 43 leg. cit. in der Schweiz überhaupt nicht vollzogen werden (vergl. Salis, in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. Bd. VIII S. 45 u. ff.). Mag nun, was hier nicht weiter zu untersuchen ist, diese Auslegung richtig oder unrichtig sein, so steht doch jedenfalls so viel fest, dass Art 43 einen Rechtssatz, wonach ausländische Scheidungsurtheile in der Schweiz vollzogen werden müssten, nicht enthält; selbst wenn nicht richtig sein sollte, dass nach demselben schweizerische Ehegatten, auch wenn sie im Auslande wohnen, in Ehescheidungssachen stetsfort ausschliesslich der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterstehen[1]), so schreibt doch Art 43 cit. nicht vor, dass auslän-

---

[1]) Art. 43 Abs. 2 leg. cit. kann doch wohl kaum anders aufgefasst werden, als dass der darin begründete Gerichtsstand kein ausschliesslicher sei („kann"), sondern mit dem Gerichtsstande des Wohnsitzes im Auslande konkurrire, sofern ein Ehegerichtsstand in dem betreffenden ausländischen Staate für Schweizer (resp. Fremde) überhaupt besteht, worüber selbstverständlich die betreffende ausländische Gesetzgebung entscheidet. Gerade für den Fall, dass ein solcher Gerichtsstand am ausländischen Wohnsitze für Fremde nicht bestehen sollte (was ja vorkommt), will das schweiz. Gesetz die Schweizer schützen. Oder soll der in Amerika wohnende (vielleicht dort geborene) Schweizer, der gemäss der dortigen Gesetzgebung eine Ehe eingegangen hat und nach Art. 54 Abs. 3 B.-V. gültig eingehen konnte, nach Art. 43 Abs. 2 leg. cit. gezwungen sein, die Scheidungsklage in der Schweiz anhängig zu machen? Und wenn er nun doch im Auslande geschieden worden ist und sich wieder verheirathet hat? Kann dann die Anerkennung der neuen Ehe ver-

dische Scheidungsurtheile von den Kantonen vollzogen werden müssen. Dass sodann die im Kanton Zürich rücksichtlich der Vollstreckung ausländischer Urtheile geltenden kantonalrechtlichen Normen derart seien, dass danach die deutschen Gerichte die Gegenseitigkeit als verbürgt betrachten würden, ist von den Rekurrenten nicht dargethan worden. (Entsch. v. 17. Mai 1889 i. S. Ehlte. Schönlen, a. S. d. b.-g. E., XV. Nr. 21.)

---

4. *Art. 14 des Fabrikhaftpflichtges. vom 25. Juni 1881 und Art. 10 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887. Welcher Behörde steht der Entscheid darüber zu, ob eine Unternehmung unter die Vorschriften dieser Gesetze falle? Inkompetenz der Civilgerichte.*

Der Kanton Graubünden schliesst alljährlich mit einer Anzahl Personen (sog. Ruttnern) Verträge ab, wonach dieselben für die Dauer des Winters sich verpflichten, auf jeweiliges Aufgebot des Bezirksingenieurs, und bei Busse im Weigerungsfalle, um einen Taglohn von Fr. 2. 50 Cts. die Splügenstrasse offen zu halten. Im März 1888 wurde einer dieser Ruttner durch eine Schlaglawine verschüttet und getödtet. Dessen Wittwe und Kinder belangten nun den Kanton Graubünden auf Schadensersatz unter Berufung auf Art. 1 lit. d. und Art. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes, sowie auf Art. 1 ev. Art. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Der Kanton Graubünden bestritt die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmungen, indem er sowohl in Abrede stellte, dass die Unternehmung, bei welcher P. M. verunglückt sei, unter die Vorschriften jener Gesetze falle, als dass während der Betriebszeit durchschnittlich gleichzeitig mehr als 5 Arbeiter verwendet werden. — Das B.-Gericht gab den Klägern auf, „vorerst eine Entscheidung des Bundesrathes darüber herbeizuführen, ob das Unternehmen der Offenhaltung der Splügenstrasse, wie dasselbe im Winter 1887/1888 betrieben worden, unter die Bestimmungen des erweiterten Haftpflichtgesetzes falle."

Gründe: 1. Nach Art. 10 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 in Verbindung mit Art. 14 des

---

weigert werden? Nach Art. 54 Abs. 3 B.-V. doch wohl nicht. Eine andere Auslegung des Art. 43 Abs. 2 log. cit. verträgt sich u. E. mit Art. 54 Abs. 3 B.-V. und mit dem sonst auch das B.-Gesetz über Civilstand und Ehe beherrschenden Territorialprincip schlechterdings nicht.

Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 steht in denjenigen Fällen, in welchen Zweifel entstehen, ob eine Unternehmung unter die Vorschriften dieser Gesetze falle, die Entscheidung hierüber endgültig dem Bundesrathe zu. Nach der Fassung wie nach der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen kann kein Zweifel darüber obwalten, dass dadurch die Entscheidung über die Frage, ob eine Unternehmung der Haftpflichtgesetzgebung unterstehe, den Gerichten schlechthin hat entzogen und ausschliesslich dem Bundesrathe hat zugewiesen werden sollen. Es hat also der Bundesrath nicht etwa nur in verwaltungsrechtlicher und polizeilicher Beziehung zu entscheiden, sondern auch insoweit als die Unterordnung einer Unternehmung unter die Haftpflichtgesetze als Präjudizialpunkt in Civilprocessen in Betracht kommt. Es soll eben diese Frage in allen Fällen und in jeder Beziehung für die ganze Schweiz nur von Einer Behörde, dem Bundesrathe entschieden werden.

2. Im vorliegenden Falle ist nun in erster Linie bestritten, ob die Offenhaltung der Splügenstrasse im Winter, wie sie vom Kanton Graubünden betrieben wird und speciell 1887/88 betrieben wurde, als eine dem erweiterten Haftpflichtgesetze unterstehende Unternehmung dieses Kantons zu betrachten sei. Diese Frage kann nach dem oben Bemerkten nicht vom Bundesgerichte entschieden werden; danach ist denn heute ein Urtheil in der Hauptsache nicht zu fällen, sondern ist die Entscheidung auszusetzen und der klagenden Partei Gelegenheit zu geben, vorerst einen Entscheid des Bundesrathes über den gedachten, der gerichtlichen Kognition entzogenen Präjudizialpunkt zu erwirken. Allerdings ist von der beklagten Partei die Kompetenz des Bundesgerichtes in keiner Richtung bemängelt worden; allein dies ermächtigt das Bundesgericht nicht, eine durch die Gesetzgebung der richterlichen Kompetenz überhaupt entzogene Frage zu beurtheilen; es muss vielmehr das Gericht von Amteswegen die fragliche seiner sachlichen Zuständigkeit resp. der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte überhaupt gezogene Schranke beobachten. (Entsch. v. 26. Octbr. 1889 i. S. Meuli c. Graubünden.)

---

5. *Erbrechtskonkordat vom 15. Juli 1822. Begriff der Erbstreitigkeit. Ist der Streit darüber, ob gewisse Forderungsrechte zum Vermögen des Erblassers gehören, erbrechtlicher Natur?*

Hierüber entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgendes: Nach Art. 3 des Konkordates hat „bei sich

ergebenden Erbstreitigkeiten" der Richter des Heimatortes zu entscheiden. Als Erbstreitigkeiten, welche danach vor den Richter der Heimat gehören, erscheinen einerseits Streitigkeiten über die erbrechtliche Nachfolge in den Nachlass, eine Nachlassquote oder einen Nachlassbestandtheil, andrerseits Erbtheilungsstreitigkeiten (vergleiche Amtliche Sammlung VI, S. 398 u. ff.; 405 u. ff.). Dagegen sind Streitigkeiten über die Erbschaftsqualität eines Vermögensobjektes, d. h. darüber, ob dieses Vermögensobjekt dem Erblasser gehört habe und mithin einen Bestandtheil des Nachlasses desselben bilde, nicht als Erbstreitigkeiten zu betrachten, sondern als gewöhnliche Vindikations- oder Forderungsstreitigkeiten (vergleiche Amtliche Sammlung I, S. 197). Bei derartigen Streitigkeiten handelt es sich ja überall nicht um die Anwendung erbrechtlicher Grundsätze, für welche einzig das Konkordat die Anwendbarkeit des heimatlichen Rechts und folgeweise den heimatlichen Gerichtsstand statuirt. Im vorliegenden Falle nun dreht sich der Streit zwischen den Parteien weder um die Theilung des Nachlasses der Frau L. noch um die erbrechtliche Nachfolge in denselben, sondern einzig und allein darum, ob gewisse Beträge (Forderungsrechte) zum Vermögen der Erblasserin gehört haben und mithin gegenwärtig einen Bestandtheil ihres Nachlasses bilden, oder ob dieselben nicht vielmehr fortwährend ihrem Ehemann gehört haben und gehören. Dieser Streit ist nicht erbrechtlicher Natur. Dass die Rekursbeklagte ihren Anspruch als Erbin der Frau L. erhebt und nur als solche erheben kann, ändert hieran nichts. Denn nichtsdestoweniger liegt ja doch nicht die erbrechtliche Nachfolge in das Vermögen der Erblasserin im Streite, sondern nur die Frage, ob die Erblasserin bei Lebzeiten Eigenthümerin der streitigen Vermögensobjekte gewesen sei. Dieser Streit hätte schon bei Lebzeiten der Erblasserin zwischen dieser selbst und ihrem Mann entstehen können, wo denn natürlich davon, dass es sich um eine, der Kompetenz des heimatlichen Richters unterstehende Erbstreitigkeit handle, von vornherein nicht die Rede hätte sein können. Dass nun an Stelle der Ehefrau L. eine Erbin derselben den streitigen Anspruch erhebt, ändert nichts an dessen rechtlicher Natur. (Entsch. v. 7. Septbr. 1889 i. S. Lier; a. S. d. b.-g. E. XV Nr. 76.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

6. *Schadenersatz. Haftpflicht des Eigenthümers eines Werkes für den aus mangelhaftem Unterhalt erwachsenden Schaden. Art. 67 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 31. Mai 1889 i. S. Maier c. Wasserinteressenten und Staat Basel.

In der Nacht vom 14. auf den 15. Februar 1889 schwoll der bei Binningen vom Birsig abzweigende und mit diesem ungefähr parallel durch die Stadt fliessende Rümelinbach infolge eintretenden Thauwetters ungewöhnlich stark an. Da die bei Binningen zur Reglierung des Einlaufs angebrachte Stellfalle vollständig geöffnet war, floss ein möglichst grosses Wasserquantum in das Bachbett ein, und da der beim Steinengraben vom Rümelinbach rechtwinklig abzweigende und in das etwas tiefer gelegene Birsigbett führende Abzugscanal, ein sogen. Leerlauf, infolge hinuntergelassener Stellfalle geschlossen war und keinen Wasserabfluss zuliess, strömte die ganze Wassermenge in der Richtung gegen den Kohlenberg weiter. Von den hier angebrachten weitern zwei Fallen war die eine, welche bei der Einmündung des zweiten von da aus in den Birsig führenden Leerlaufs sich befindet, vollständig geöffnet, die andere, welche unmittelbar nach dieser Einmündung am Rümelinbach selbst besteht, bis auf Handbreite geschlossen. Folge davon war, dass nun fast die ganze Wassermasse den Leerlauf hinabströmte, über denselben hinaustrat, in den Keller der im Winkel zwischen Rümelinbach und Leerlauf gelegenen Liegenschaft Kohlenberg 2 drang und die darin gelagerten Wein- und Spirituosenvorräthe des in der genannten Liegenschaft wirthenden D. Maier theilweise ruinierte. Dieser klagte auf Schadenersatz gegen die Wasserinteressenten des Rümelinbaches und den Staat Baselstadt in solidarischer Verbindung. Gegenüber den Wasserinteressenten des Rümelinbaches begründet er die Haftpflicht durch Hinweis auf die Protocolle derselben und auf den thatsächlichen Zustand, woraus erhelle, dass die Regulierung des Baches bis zur Kohlenbergfalle Sache der Interessenten, von da an des Staates sei; principiell sei das durch ein Urtheil des Civilgerichtspräsidenten vom Jahre 1877 bestätigt worden. Nun sei aber durch den Experten festgestellt, dass das Offenlassen der Einlaufsschwelle bei Binningen die erste und un-

zweifelhafte Ursache der Ueberschwemmung gewesen sei, und ferner stehe fest, dass der Witterungswechsel während des 14. Februars eine aufmerksame Ueberwachung des Einlaufs zur Pflicht gemacht habe. — Mit diesem Verschulden der Wasserinteressenten concurriere ein Verschulden des Staates, welcher für die Besorgung des Baches am Kohlenberg in die Verpflichtungen der Interessenten eingetreten sei. Das Oeffnen des Leerlaufs und das Hinunterlassen der Falle im Rümelinbache seitens eines Angestellten des Baudepartements sei die zweite Ursache der Ueberschwemmung; denn dass bei beidseitig geöffneten Fallen das Wasser nicht übergetreten wäre, ergebe sich daraus, dass oberhalb derselben nirgends ein Uebertritt stattgefunden habe. Aus der culpa der beiden Beklagten folge nach Art. 60 O. R. die solidarische Haftbarkeit für den ganzen Schaden.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage, theils weil der Schaden durch höhere Gewalt verursacht sei, theils indem sie sich gegenseitig eine allfällige Verschuldung zuschoben.

Das Civilgericht verurtheilte durch Entscheid vom 31. Mai 1889, appellationsgerichtlich bestätigt am 11. Juli 1889, beide Beklagte solidarisch zu dem eingeklagten Schadenersatz.

Motive: Der Rümelinbach, wenn auch Allmend, also öffentliches Gewässer, ist doch nicht ein natürlicher Wasserlauf, sondern eine künstliche Canalanlage, ein Werk im Sinne von Art. 67 O. R. Danach hat der Eigenthümer des Werkes Ersatz zu leisten für den Schaden, welchen dasselbe infolge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht. Ein künstlicher Canal kann und soll so angelegt und unterhalten sein, dass das Hochwasser des Hauptstromes, aus welchem er abgeleitet ist, den Canal nicht über seine Uferfesten zu schwellen vermag. Dass im vorliegenden Falle das Wasser Schaden anrichten konnte, ist Folge entweder mangelhafter Anlage (Fehlens eines Ueberlaufes oder ungenügender Grösse des Leerlaufs beim Kohlenberg) oder mangelhafter Unterhaltung (ungenügender Ueberwachung des Einlaufs in Binningen oder des Leerlaufs am Kohlenberg); denn zur Unterhaltung eines Canals gehört nicht nur die Instandhaltung des Canalkörpers, sondern auch die richtige Regulierung des Wasserlaufes. Als Eigenthümer des Rümelinbaches im Sinne des Art. 67 O. R. sind sowohl der Staat als die Corporation der Gewerbsinteressenten zu betrachten; ersterem gehört Grund und Boden, letzterem die

Nutzung, beide aber üben gemeinsam die Aufsicht und überwachen den Unterhalt, ohne dass ihre Machtsphäre gegenseitig genau abgegrenzt wäre. Die Verfügungsgewalt — und diese ist der eigentliche Grund der Haftbarkeit nach Art. 67 O. R. — steht also beiden zu. Daher haften auch beide für den entstandenen Schaden, und zwar nach Art. 60 O. R. solidarisch.

---

7. *Kaufvertrag. Verspätete Rückbietung der Waare wegen eines Mangels derselben. Art. 246 O. R.*

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 8. Februar 1888.

Der Pferdehändler J. E. kaufte am 5. November 1887 von A. R. ein Pferd, welches vom 1. März bis 1. November als Zugpferd im Artilleriedienste gestanden war. Am Kaufpreise von Fr. 522 wurden Fr. 22 sofort baar bezahlt. — Am Abend des 5. November wollte J. E. mit dem an einem leichten Wägelchen gespannten Pferde heimfahren; aber das Pferd verweigerte den Zugdienst. Freundliches Zureden half nichts und auf Mahnungen mit der Peitsche schlug es aus. J. E. dachte, das Pferd sei eben noch jung, es müsse erst einige Zeit probirt werden, vielleicht gebe es sich dann. Er verkaufte es schon am folgenden Tage dem Landwirth X., unter Kenntnissgabe der eben gemachten Erfahrung und mit dem Bemerken, X. solle es probiren, ob es gut thue, und wenn es nicht gut thue, so nehme er (J. E.) das Pferd zurück und gebe es dann auch seinem Verkäufer wieder zurück. Am 12. November bezahlte J. E. dem A. R. den Kaufpreisrest von Fr. 500 ohne Vorbehalt. 14 Tage später brachte dann X. das Pferd nach wiederholten Versuchen dem J. E. als völlig unbrauchbar zurück und nun stellte J. E. das Pferd auch seinem Verkäufer A. R. zur Verfügung und verlangte die Zurückvergütung des bezahlten Kaufpreises von Fr. 522. A. R. verweigerte die Zurücknahme des Pferdes, weil es ohne jegliche besondere Garantie verkauft, von J. E. ohne Vorbehalt bezahlt worden und weil die Reclamation wegen Unbrauchbarkeit zum Zugdienst verspätet sei.

Uebereinstimmend erklärten die bezirksamtlichen und die gerichtlichen Experten das Pferd als völlig untauglich zum Ziehen und nur zum Schlachten zu gebrauchen. J. E. klagt nun gegen A. R. auf Zurücknahme des Pferdes, auf Rückvergütung des Kaufpreises von Fr. 522 und auf Ersatz der Expertenkosten und eines Futtergeldes von Fr. 2 per Tag seit dem 5. November, gestützt auf Art. 2 im Gesetz

vom 28. Juni 1887 über den Rücktritt vom Concordat vom 5. August 1852 über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel und auf Art. 243 O. R. Er erklärt die von A. R. aus Art. 246 O. R. abgeleitete Einrede der verspätet angebrachten Mängelanzeige für unstichhaltig, indem er (J. E.) sofort nach erhaltener Kenntniss, dass das Pferd wirklich unbrauchbar sei, nämlich am 28. November, zwei Tage nachdem es ihm vom Landwirth X. zurückgebracht worden, dem Verkäufer A. R. hievon Anzeige gemacht habe. Zur Beobachtung eines solchen Thieres müsse dem Käufer eine angemessene Zeit eingeräumt werden, zumal das einmalige stettige Benehmen im Zugdienst noch nicht sicher auf bleibende Unbrauchbarkeit schliessen lasse, vielmehr auf verschiedene Ursachen vorübergehender Natur zurückgeführt werden könne. Im österreichischen privatrechtlichen Gesetzbuch Art. 925 sei für solche Mängel eine Bemängelungsfrist von 30 Tagen vorgesehen.

Das Cantonsgericht hat den J. E. mit seiner Klage abgewiesen.

In Erwägung: Nach Art. 2 des citirten Gesetzes betreffend den Rücktritt vom Concordat über die Viehhauptmängel gelten beim Pferdehandel bei Abgang einer besondern Vereinbarung unter den Parteien die Bestimmungen des Obligationenrechtes Art. 243 und folgende.

Das Pferd ist allerdings mit solchen Mängeln behaftet, welche dessen Werth oder dessen Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben, für welche daher der Verkäufer dem Käufer selbst dann haftet, wenn ersterer die Mängel selbst nicht gekannt hat, Art. 243 O. R. — Aber der Käufer hat unterlassen, die Beschaffenheit des Pferdes rechtzeitig zu prüfen, d. h. „sobald dieses nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist“. Die Erfahrungen, welche er schon am Abend des Kaufes beim Heimfahren selbst gemacht hat, hätten ihn veranlassen sollen, sofort und in gehöriger Weise das Pferd auf seine Verwendbarkeit zum Zug prüfen zu lassen. In dem Verkaufe des Pferdes an den Landwirth X., mit der Einladung, es im Zugdienste zu probiren, und mit der Zusicherung, es wieder zurückzunehmen, falls es nicht gut thue, ohne irgend welche Controlle und Garantie hinsichtlich der Art und Dauer dieser Probeversuche, kann eine solche Prüfung, wie sie nach Art. 246 O. R. dem Käufer obliegt, nicht gefunden werden, und die erst nach dem 26. November angeordnete amtliche Prüfung des Pferdes auf solche Mängel, deren Vorhandensein schon am Abend

des Kaufes doch als sehr wohl möglich oder wahrscheinlich befürchtet werden musste, kann nicht als eine rechtzeitig vorgenommene, „sobald dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist", erblickt werden.

---

8. *Retentionsrecht des Vermiethers eines freien Platzes an den vom Miether auf dem Miethobjecte abgelagerten Gegenständen. Voraussetzungen. Art. 294 O. R.*

Zürich. Beschluss der Appellationskammer des Obergerichtes vom 23. Nov. 1889 i. S. Lägernsteinbruchgesellschaft Regensberg c. Künzli.

Durch Vertrag vom 2. Februar 1883 vermiethete Künzli an den im Concurs befindlichen Baumeister F. K. zur Anlegung eines Zimmerplatzes einen Complex Land. Im Concurse über F. K. meldete Künzli einen mit Lichtmess 1889 verfallenen und den laufenden Jahreszins an und machte hiefür gemäss Art. 294 O. R. ein Retentionsrecht an dem auf dem Zimmerplatz liegenden Material geltend. Die Lägernsteinbruchgesellschaft bestritt das beanspruchte Retentionsrecht, soweit dasselbe an Baumaterialien ausgeübt werden wollte. Der Concursrichter verwarf jedoch diese Einsprache und schützte das Retentionsrecht. Ueber dieses Erkenntniss beschwerte sich der Vertreter der Lägernsteinbruchgesellschaft. Der Recurs wurde jedoch abgewiesen.

Motive: Der Vertreter der Recurrenten hat zunächst die Frage aufgeworfen, ob der Vermiether eines offenen Platzes, der nicht für ein bestimmtes Gewerbe eingerichtet sei, und den der Miether erst für einen Werk- oder Arbeitsplatz herrichte, überhaupt gestützt auf Art. 294 O. R. ein Retentionsrecht an den Illaten ansprechen könne. Er geht nämlich davon aus, das Gesetz anerkenne nur solche Sachen als Retentionsobjecte, welche sich in gemietheten Räumen befinden, worunter gemeinhin nur geschlossene Räumlichkeiten, d. h. Gebäulichkeiten verstanden seien; es wird insbesondere auch darauf verwiesen, dass Art. 290 O. R. unter Räumlichkeiten dieser und jener Art nur Gebäulichkeiten aufführe. Die Unhaltbarkeit der Ansicht des Recurrenten ergibt sich indessen schon aus dem Wortlaute des Art. 294, welcher von dem Vermiether einer unbeweglichen Sache schlechthin spricht. Dass der Art. 294 sich auf alle unbeweglichen Sachen ohne Ausnahme bezieht und dass die in Art. 290 enthaltene Aufzählung der Immobilien, welche gemiethet zu werden pflegen, keine erschöpfende sein kann und will, geht auch daraus hervor, dass gemäss

Art. 297 O. R. die Vorschriften sowohl des Art. 290 als auch des Art. 294 auf den Pachtvertrag Anwendung finden. Die Frage, ob der Art. 294 auch den Vermiether eines Grundstückes oder Platzes im Auge habe, ist daher in Uebereinstimmung mit der Praxis, welche u. A. dem Vermiether eines Hofraumes ein Retentionsrecht an den daselbst untergebrachten Wagen eingeräumt hat (vergl. Urtheil der App.-Kammer vom 19. März 1889 in Sachen Escher Wyss & Cie. gegen Specht, Revue VII Nr. 107), unbedenklich zu bejahen.

In zweiter Linie stützt sich die Bestreitung der Retentionsansprache darauf, dass nicht gesagt werden könne, es gehören die streitigen Gegenstände zur Einrichtung oder Benutzung des Miethobjectes, insofern nämlich, als es sich um Baumaterialien und Werkzeuge handle, welche nur vorübergehend auf dem Werkplatze abgelegt und aufbewahrt werden. Richtig ist nun, dass der grossen Mehrzahl der streitigen Gegenstände die Eigenschaft, zur Einrichtung des Miethraumes im engern Sinne zu gehören, nicht zukommt. Es könnte dies nur gesagt werden von der Zimmerhütte, welche der Miether auf dem Werkplatze erstellt hat, dem Hundestall und allfällig noch von dem Geschirrkasten. Nachdem aber die Gerichtspraxis den Begriff „Einrichtung" nicht identisch erklärt hat mit „Benutzung" und den letztern Begriff bereits in dem weitern Sinne ausgelegt hat, dass darin alle diejenigen Nutzungshandlungen inbegriffen sein sollen, welche zum Nutzungscharakter des Locals in naher und wesentlicher Beziehung stehen (vergl. Beschluss der App.-Kammer vom 2. Febr. 1884 in Sachen Papastatis gegen Vögeli, Revue II Nr. 32), kann keinem Zweifel unterliegen, dass jedenfalls diese Voraussetzung im concreten Falle zutrifft. Der Concursrichter hat in seinem Entscheide ganz zutreffend bemerkt, dass der Werkplatz eines Baumeisters nicht nur als solcher benutzt werde, sondern namentlich auch dazu diene, um noch nicht zur Verwendung kommendes Baumaterial, wie Steine, Bretter, Laden, Röhren etc., sowie Gerüstholz und Werkzeuge daselbst aufzubewahren. Diese Zweckbestimmung als Aufbewahrungsort ist bei der Miethe eines Werkplatzes von wesentlicher Bedeutung. Es liegt nun in der Natur der Sache, dass die Baumaterialien nicht immer auf dem Werkplatz liegen bleiben, dass Gerüstholz, Flaschenzüge, Winden etc. und Mauerwerkzeuge regelmässig ausserhalb desselben, d. h. auf den Bauplätzen ihre Verwendung finden, und dass sie auf den Werkplatz nur zurückgebracht werden, wenn sie

nicht gebraucht werden. Der Zusammenhang der nur zeitweisen Ablagerung der in Frage stehenden Gegenstände mit dem Nutzungscharacter des Miethobjectes, eines Werkplatzes, ist daher ohne Weiteres gegeben. Das Retentionsrecht könnte nur dann nicht geschützt werden, wenn die streitigen Gegenstände sich rein zufällig auf dem Platze befinden und gewöhnlich anderswo aufbewahrt würden; eine Behauptung dahingehend, dass der Kridar den Werkplatz gewöhnlich nicht als Ablagerungsplatz benutzt habe, ist aber nicht aufgestellt worden.

---

9. *Retentionsrecht des Vermiethers. Fortdauer desselben bei Wegschaffung der Fahrnisse trotz gerichtlichem Verbot. Art. 294, 297 O. R.*

Luzern. Entsch. der Justizcommission v. 13. Juli 1888.

Frau W. B. als Pächterin der Wirthschaft in W. hatte ungeachtet des von der Verpächterin Frau Sch. auf die eingebrachten Fahrnisse erwirkten Verbotes und Inventurbefehls dieselben zu ihrem neuen Vermiether J. K. gebracht. Das Begehren der Frau Sch., ihr die Fahrnisse zur Deckung ihres Pachtzinses zurückzustellen, wies der Gerichtspräsident ab. Die Justizcommission, an welche Frau Sch. recurrierte, erkannte ihr Retentionsrecht an, immerhin dem Entscheide des Civilrichters vorbehaltend, ob sie oder der neue Vermiether das bessere Retentionsrecht habe.

Erwägend: Dass gemäss Art. 294 O. R. der Vermiether so viele Gegenstände zurückhalten kann, als zu seiner Deckung erforderlich sind, somit das Retentionsrecht erlischt, sobald die Fahrhaben anderswohin gebracht worden sind;

dass aber vorliegend eine Ausnahme von obiger Regel insofern Platz greifen muss, als Verbot und Inventurbefehl bereits vollzogen waren und die Fortschleppung der Fahrhaben trotz erwirktem Verbote stattfand, somit der Verpächter seinerseits Alles gethan, um die Ausübung seines Retentionsrechtes zu sichern, während es nicht in der Befugniss des Pächters liegen kann, das gerichtliche Verbot durch heimliche oder gewaltsame Wegnahme der Illaten zu übertreten, und damit das Recht des Verpächters illusorisch zu machen (vgl. Revue der Gerichtspraxis VI Nr. 19).

---

10. *Bail. Etendue du droit de rétention du bailleur. Art. 294 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 3 sept. 1889 d. l. c. Union vaudoise du crédit c. Brière et Chabloz.

Par exploit du 7. déc. 1888, l'Union du crédit a notifié à A. Chabloz un exploit de saisie générale pour parvenir au paiement de la somme de 2250 fr. due en vertu de billet de change. Par exploit du 2 mars 1889, W. Brière a pratiqué un séquestre au préjudice de Chabloz, pour parvenir au paiement de la somme de 675 fr. due pour trois semestres de location au 24 décembre 1888, plus le loyer dès lors à raison de 450 fr. l'an, à forme d'un bail du 31 juin 1887. L'huissier-exploitant a mis sous le poids du séquestre des objets garnissant les lieux loués pour une somme totale de 1942 fr. 40, objets qui avaient déjà été mis sous le poids de la saisie réelle à l'instance de l'Union du crédit. Par transaction du 2 mars, Chabloz a reconnu devoir à Brière 450 fr. pour deux semestres de location au 24 déc. 1888 et le loyer courant dès le 24 décembre 1888 au 24 juin 1890. La vente des objets saisis ayant produit la somme de 1934 fr., le juge de paix a établi comme suit, le 29 juin, la réclamation Brière:

un an de location au 24 décembre 1888 .	fr. 450. —
un an de location au 24 décembre 1889 .	„ 450. —
un semestre au 24 juin 1890	„ 225. —

et a appliqué le produit de la vente en premier lieu à payer cette réclamation privilégiée. L'Union du crédit ayant recouru contre cette répartition, Brière a déclaré reconnaître que le semestre de loyer du 24 décembre 1889 au 24 juin 1890 n'est pas privilégié et doit être sorti du tableau de répartition. L'Union du crédit a déclaré ne pas accepter cette offre comme insuffisante, prétendant que le privilège ne peut être accordé que pour trois semestres. Le Tribunal cantonal a prononcé que Brière est mis au bénéfice du privilège résultant de l'art. 294 C. O. pour la somme de fr. 675 (fr. 225 loyer du 24 déc. 1887 au 24 juin 1888 et fr. 450 loyer dès le 24 juin 1888 au 24 juin 1889).

Motifs: Considérant que pour déterminer l'étendue du droit de rétention prévu par l'art. 294 C. O., il faut tenir compte, non de l'année civile, mais de l'année telle qu'elle résulte du bail.

Que l'année du bail conclu entre Chabloz et Brière partait du 24 juin de chaque année civile, pour expirer le 23 juin de l'année civile suivante.

Que le privilège résultant du droit de rétention doit déployer ses effets pour le loyer de l'année au cours de laquelle le bailleur a revendiqué son privilège pour la première fois, ainsi que pour le loyer de l'année précédente.

Que Brière a fait valoir son droit de rétention pour la première fois le 2 mars 1889, soit au cours de l'année de bail qui a commencé le 24 juin 1888 pour expirer le 23 juin 1889.

Que, dès lors, il doit se trouver au bénéfice du privilège pour le loyer de la dite année, ainsi que pour celui qui reste dû pour l'année de bail qui a commencé le 24 juin 1887 pour prendre fin le 23 juin 1888.

Qu'en effet on ne saurait admettre, ainsi que le voudrait l'intimé, qu'il y ait lieu de prendre comme point de départ pour la computation du loyer privilégié le dernier terme semestriel qui a précédé les opérations pour lesquelles le bailleur revendique son privilège.

Que si le législateur avait voulu que la durée du privilège fût calculée de cette façon, il n'eût pas employé les expressions „année courante" et „année écoulée".

---

11. *Mandat. Das Mandat ist auch dann jederzeit kündbar, wenn es ausdrücklich auf längere Zeit abgeschlossen worden ist. Beim entgeltlichen Mandat hat der Widerruf auch den Wegfall der versprochenen Gegenleistung zur Folge. Schadenersatzpflicht aus unzeitiger Kündigung. Form des Schadenersatzes. Art. 402 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 10. Sept. 1889 i. S. Frau Lehmann c. Hofmann.

Im Januar 1889 übertrug Frau L. dem H. die Verwaltung ihr gehörender Gebäulichkeiten. Nach dem schriftlich abgefassten Vertrage hatte H. das Recht und die Pflicht, Miethverträge abzuschliessen und, wenn nöthig, wieder aufzuheben und überhaupt alle Geschäfte zu leiten, welche die Vermiethungen mit sich brachten, mit Ausnahme allfälliger Processführungen. Der § 3 des Vertrages bestimmt: „Frau B. räumt ihrem Verwalter für seine Dienstleistungen und Bemühungen vom 1. April 1889 an eine Wohnung von drei Zimmern mit übrigen dazu gehörigen Räumlichkeiten gänzlich zinsfrei ein." Und der Schlussparagraph sagt: „Die Aufhebung des Vertrages kann nur nach Ablauf eines Amtsjahres und nach vorangegangener gegenseitiger dreimonatlicher Kündigung stattfinden."

Mittelst amtlicher Anzeige vom 12. Juni kündete Frau L. dem H. die Verwalterstelle in der Meinung, dass er sofort alle Verwaltungshandlungen zu unterlassen und die Wohnung zu räumen habe. Dieser protestierte aber gegen die Kündigung, sich darauf berufend, dass eine solche laut Vertrag erst nach Ablauf eines Jahres vom Vertragsabschlusse an und nur auf drei Monate zulässig sei. Frau L. betrat den Processweg, indem sie die Rechtsfrage aufstellte: „Ob der Vertrag nicht als mit dem 12. Juni aufgelöst zu betrachten sei.“ Der Beklagte bestritt die Klage im ganzen Umfange und eventuell in dem Sinne, dass ihn Klägerin jedenfalls noch bis am 1. Januar 1889 unentgeltlich in der Wohnung lassen müsse. Das Bezirksgericht betrachtete den Vertrag der Parteien als Dienstvertrag, der vor Ablauf seiner bestimmten Dauer einseitig nur aus wichtigen Gründen aufgehoben werden könne, und weil dasselbe fand, dass keine solche Gründe vorliegen, wies es die Klage ab.

Die zweite Instanz erklärte dagegen den Vertrag als mit dem 12. Juni 1889 aufgelöst, räumte aber dem Beklagten das Recht ein, die ihm überlassene Wohnung als Ersatz für den ihm aus der unzeitigen Kündigung erwachsenen Schaden bis zum 1. October 1889 unentgeltlich weiter zu benutzen.

Motive: 1. Das Rechtsverhältniss, welches durch den Vertrag vom 25. Januar 1889 zwischen den Parteien begründet wurde, ist ein entgeltliches Mandat und nicht, wie die erste Instanz angenommen hat, eine Dienstmiethe.

2. In dem früheren Entwurfe zum schweiz. Obligationenrecht vom Jahre 1877 war im Art. 440 die Bestimmung aufgenommen, dass entgeltlicher Auftrag nur dann vorliege, wenn von dem Beauftragten für den Auftraggeber Rechtshandlungen Dritten gegenüber (Abschluss oder Erfüllung von Verträgen, Veräusserungen, Processhandlungen u. s. w.) vorgenommen werden sollen. Die spätere Streichung dieser klaren Einschränkung kann nun bloss so verstanden werden, dass der Gesetzgeber dem Richter noch freiere Hand lassen, d. h. ihm gestatten wollte, auch noch in andern Fällen ein entgeltliches Mandat anzunehmen. Dagegen liegt es in der Natur der Sache, dass jener Specialfall ganz vorzugsweise als entgeltliches Mandat zu betrachten ist; mit andern Worten, es wollte der Gesetzgeber durch jene Streichung den Begriff des entgeltlichen Mandats nicht verengern, sondern umgekehrt erweitern. Wenn daher Schneider (Commentar zu Art. 392) sagt, dass in diesem Falle ein entgeltliches Mandat, sonst aber eine Dienstmiethe vorliege, so entspricht

diess zwar nicht völlig dem Willen des Gesetzgebers, ist aber doch insofern richtig, als in diesem Falle ganz vorzugsweise ein entgeltliches Mandat anzunehmen ist. Gerade mit einem solchen Falle hat man es aber hier zu thun, denn die Stelle des Beklagten, welche ihm durch den Vertrag vom 25. Januar 1889 eingeräumt wurde, ist recht eigentlich diejenige eines Rechtsagenten, welcher die Vermiethung von Häusern, d. h. den Abschluss der Miethverträge zu besorgen hat, und welchem nur die Führung eigentlicher Processe im ordentlichen Verfahren entzogen ist.

3. Nach Art. 402 des O. R. ist aber jedes Mandat, also auch das entgeltliche, nicht bloss vom Mandatar, sondern auch vom Mandanten jederzeit kündbar. Dass diess auch für den Fall gilt, wo der Vertrag ausdrücklich auf eine längere Zeitdauer abgeschlossen worden ist, kann mit Rücksicht auf die Entstehung dieser Gesetzesbestimmung keinem Zweifel unterliegen. Zwar ist es nicht ganz richtig, wenn Schneider, welcher in seinem Commentar diese Ansicht ausdrücklich billigt, beifügt, dass die ersten Entwürfe in Uebereinstimmung mit dem zürch. Gesetze dem kündigenden Theile dieses Recht nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe haben geben wollen; denn nach dem früheren zürcherischen Rechte beurtheilte sich das entgeltliche Mandat nach den Grundsätzen der Dienstmiethe, während Art. 451 des Entwurfs zum Schw. O. R. von 1875 bereits auch beim entgeltlichen Mandate dem Mandanten das unbeschränkte Recht jederzeitiger Kündigung gibt, sofern der Mandatar als sein Stellvertreter mit Dritten Verträge abzuschliessen berechtigt ist, ohne dass auf dieses Kündigungsrecht rechtsgültig verzichtet werden konnte, und nur den Mandatar nach Art. 452 auch in diesem Specialfalle ungünstiger stellt, indem es ihm dieses Recht nur beim Vorhandensein wichtiger Gründe einräumt. Nun hat aber schon der Entwurf von 1876 ausdrücklich dieses Recht jederzeitiger Kündigung ohne alle und jede Einschränkung auf alle Fälle ausgedehnt, wo der Mandant kündigt, und wenn das Gesetz selbst in seiner kürzern Fassung nicht mehr ausdrücklich erwähnt, dass der Verzicht auf den Widerruf, also auch die zeitliche Beschränkung rechtsunverbindlich sei, so versteht sich diess doch offenbar von selbst; denn die neue Redaction wollte dieses Kündigungsrecht gegenüber jenen früheren Entwürfen weiter ausdehnen und nicht einschränken, d. h. auch dem Mandatar das gleiche Recht geben, das vorher nur dem Mandanten eingeräumt worden war.

4. Im vorliegenden Falle war demnach das zwischen den Parteien bestehende Mandatsverhältniss mit der Kündigung vom 12. Juni gelöst und von dieser Zeit an der Beklagte nicht mehr berechtigt, für die Klägerin die in den Bereich des Vertrages fallende Thätigkeit des Mandatars auszuüben.

5. Nun wird aber eventuell vom Beklagten der Standpunkt eingenommen, die Kündigung habe zur Unzeit stattgefunden, was ihn zur Stellung einer Schadenersatzforderung im Sinne des Art. 402 O. R. berechtige. Unter diesem Titel beansprucht er das Recht, bis Januar 1889 die ihm als Entgelt überlassene Wohnung innezubehalten. Es ist diese Rechtsstellung des Beklagten als theilweise Klagebestreitung aufzufassen, insofern nämlich die Fortdauer des Vertrages in einer bestimmten Richtung verlangt wird gestützt auf eine die Auflösung des Mandates zwar nicht hindernde, aber die Rechte des verletzten Theiles schützende Vorschrift.

6. Wo, wie im vorliegenden Falle, das Mandat ausdrücklich auf längere Zeit abgeschlossen und die Kündbarkeit von dem Verfluss einer bestimmten Dauer abhängig gemacht ist, wird eine Kündigung regelmässig schon dann als zur Unzeit geschehen zu betrachten sein, wenn sie vor Ablauf der von den Parteien vereinbarten Zeit geschieht. Damit aber ist die Schadenersatzpflicht des kündenden Theiles an sich gegeben. Indess fällt dieselbe wieder dahin, wo der an sich unzeitige Widerruf sich rechtfertigt aus schuldhaftem Verhalten der Gegenpartei, welches eine Fortsetzung des Mandatsverhältnisses als unthunlich erscheinen lässt. In diesem Falle muss die volle freie Widerruflichkeit des Mandatsverhältnisses resp. Kündbarkeit gewahrt bleiben.

7. Solche in der Person des Beauftragten gegebene Gründe wollen nun zwar geltend gemacht werden, allein in offenbar ungenügender Weise.

8. Der Schluss ist demnach der, dass die Schadenersatzverpflichtung wegen unzeitiger Kündigung im Sinne des Art. 402 O. R. für die Klägerin nicht aufgehoben ist. Wie ist nun aber die Schadenersatzpflicht näher zu bestimmen und zu bemessen? Der Beklagte erblickt einen Schaden lediglich in dem Umstande, dass ihm die in der Ueberlassung einer Wohnung versprochene Vergütung durch die Kündigung plötzlich entzogen wird, und er verlangt desshalb Innebehaltung derselben bis 1. Januar 1890. Es steht dem Ersatzanspruche in dieser Form gewiss nichts entgegen, obschon der Beauftragte mit der Auflösung des Mandatsverhältnisses auch keinen Anspruch mehr auf die Entrichtung

der versprochenen Leistung hat. Im vorliegenden Falle würde nämlich dem Beklagten durch die Aufhebung des Vertrages gerade insofern ein positiver Schaden entstehen, als er genöthigt wäre, die ihm eingeräumte Wohnung plötzlich zu verlassen. Nicht nur fällt für ihn die versprochene Gegenleistung weg, worauf allerdings nichts ankommt (vgl. Commentar von Hafner zu Art. 402 O. R. Nr. 2), sondern er ist in die Lage versetzt, sofort eine andere Wohnung zu suchen, woraus ihm erheblich grössere Auslagen entstehen, als wenn ihm zur Räumung der Wohnung die vertragliche Frist gewährt würde. Es dürfte sich daher rechtfertigen, von der Aufhebung des Vertrages (12. Juni) an eine von ungefähr 3—4 Monaten zu berechnende Frist anzusetzen und ihm bis dahin freie Wohnung zu wahren. Eine weitergehende Verpflichtung der Klägerin erschiene dagegen unbillig.

---

12. *Procura. Unverbindlichkeit der Wechselzeichnung des Procuristen zu seinen eigenen Gunsten für den Principal. Art. 423 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 15. Juni 1889 i. S. Wagners Erben c. Greiner.

G. war Commanditär und zugleich Procurist der Commanditgesellschaft E. & Cie. Er glaubte an die Gesellschaft eine von seiner Commanditeinlage unabhängige Forderung von Fr. 6500 zu haben, welche mit dem Geschäftsbetriebe der Firma in keinem Zusammenhange stand, und stellte am 15. Sept. 1888 folgenden Wechsel aus:

Am 12. October 1888 zahlen wir gegen diesen Eigenwechsel an die Ordre des Herrn G. die Summe von Fr. 6500.

p. pa. E. & Cie.
G.

Am 11. October betrieb sodann G. die Firma E. & Cie. für den Wechselbetrag nebst Zins und Kosten und es gedieh der Rechtstrieb bis zur Pfändung. Die Firma W. hatte an die Commanditgesellschaft Fr. 775 zu fordern und erwarb dafür ein dem G. nachgehendes Pfandrecht. Gestützt darauf erwirkte sie die Deposition des Versilberungserlöses und focht dann das Pfandrecht des G. an, weil eine gültige Wechselforderung des Beklagten nicht entstanden und daher auch der Wechselrechtstrieb mit allen seinen Folgen nichtig sei. Der Wechsel sei ein Eigenwechsel an eigene Ordre und als solcher nicht gültig, weil das Gesetz nur beim gezogenen Wechsel gestatte, dass der Aussteller sich selbst als Wechselnehmer bezeichne, nicht aber beim Eigenwechsel (b.-g. Entsch.,

XIII S. 231, und diese Revue, V Nr. 119). Ferner habe der Beklagte die Firma nicht in rechtsgültiger Weise wechselrechtlich verpflichten können, weil die Ausstellung des Wechsels in keiner Weise dem Geschäftsbetriebe gedient habe.

Die Anfechtungsklage wurde gutgeheissen.

Motive: Da der Beklagte sein Pfandrecht auf dem Wege des Wechselrechtstriebes erworben hat, so ist Voraussetzung seiner Gültigkeit vor Allem die Existenz einer Wechselforderung. Die Argumentation der Klägerin, dass ein Eigenwechsel an eigene Ordre vorliege, ist nun allerdings kaum zutreffend. Sie lehnt sich an die Annahme an, dass G. auf dem Wechsel als Aussteller und zugleich als Remittent erscheine. Dies ist aber nicht richtig. Denn als Wechselausstellerin hat die Firma E. & Cie., wenn auch durch das Mittel ihres Procuristen, gezeichnet, während als Wechselnehmer der Privatmann G. genannt ist. Durchschlagend ist aber der zweite Anfechtungsgrund, dass die Wechselzeichnung des Procuristen im vorliegenden Falle die Firma nicht verpflichten konnte. Denn der Beklagte war nicht bevollmächtigt Namens der Firma mit sich selbst ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, abgesehen davon, dass das vorliegende mit dem Geschäftsbetriebe in gar keinem Zusammenhange stand (Art. 423 O. R.). Der Beklagte hat hienach eine gültige Wechselforderung an die Firma E. & Cie. nicht erworben und konnte somit auch den Wechselrechtstrieb nicht erheben. Der Rechtstrieb ist ungültig und konnte daher auch nicht zu einer gültigen Pfändung führen.

---

13. *Voyageur de commerce. Limite de son pouvoir. Art. 426 et 429 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 27 juin 1889 d. l. c. Walcker c. Goncet-Gex.

Entre l'employé de Walcker et Goncet-Gex il a été convenu que W. règlerait directement avec G. au moyen d'un tiers choisi en dehors de toute fonction de loi dans le cas où le voyageur seul n'arriverait pas à une entente. Cette clause a été opposée par G. à la demande intenté par W. en justice. Le tribunal l'a débouté de cette exception.

Motifs: Attendu que même admît-on qu'il y ait eu intention de soumettre les différends à un arbitrage, il resterait à examiner la question de savoir si l'employé du demandeur avait, sans pouvoir exprès, le droit de lier son patron à un arbitrage pour les contestations futures;

Vu, à cet égard, les art. 426 et 429 C. O.;

Attendu que légalement le représentant commercial ne peut soutenir un procès sans y être autorisé spécialement par son chef; qu'à plus forte raison, semble-t-il, il ne peut, sans le consentement de celui-ci, le soustraire à la juridiction ordinaire, surtout pour des contestations pouvant naître d'affaires non encore conclues;

Attendu que le voyageur de commerce, qui est réputé avoir les pouvoirs nécessaires pour toucher le prix des ventes faites par lui, pour accorder des délais au débiteur et donner quittance, a encore, moins que le représentant, le pouvoir dont il vient d'être parlé;

Attendu que Walcker conteste que son employé ait eu le droit de le lier par la convention dont s'agit; que le défendeur ne prouve pas et n'offre pas de prouver le contraire; qu'ainsi, même à ce point de vue, cette convention doit être considérée comme nulle et non avenue.

---

14. *Musicalisches Urheberrecht. Verhältniss der Convention mit Frankreich v. 23. Februar 1882 zum Bundesgesetz über das Urheberrecht v. 23. April 1883 und der (Berner) internationalen Uebereinkunft v. 9. Sept. 1886. Höhe des Schadenersatzes.*

Bern. Urtheil des Amtsgerichts von Bern v. 26. Juni 1889 i. S. Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique à Paris c. Vaupel.

E. Vaupel, Theaterdirector, hatte in Zwischenacten von Theatervorstellungen den Kadettenwalzer von Metra und das Frühlingslied von Gounod durch das Orchester spielen lassen, ohne die Bewilligung der Autoren hiefür zu besitzen. Die Société des auteurs etc. in Paris klagte gegen ihn eine Entschädigung, deren Betrag sie in das richterliche Ermessen stellte, wegen Verletzung der Autorrechte zweier ihrer Mitglieder ein, gestützt auf die Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterar. und künstlerischen Eigenthums v. 23. Febr. 1882, Art. 20. Der Beklagte erkannte die Activlegitimation der Klägerinn an, behauptete aber 1. zur Einholung einer Bewilligung nicht verpflichtet gewesen zu sein, weil eine solche nach dem einzig in dieser Sache massgebenden Bundesgesetz betr. das Urheberrecht etc. v. 23. April 1883 Art. 7 nur dann erforderlich sei, wenn ein bezüglicher Vorbehalt an der Spitze des zu Gehör gebrachten Werkes stehe, ein solcher Vorbehalt aber bei beiden Compositionen fehle. Zudem seien 2. beide

Stücke durch das vom bernischen Orchesterverein erhaltene Orchester gespielt worden, welches dem Theaterdirector von diesem Vereine zur Verfügung gestellt worden sei, und es bestehe zwischen der Klägerinn und dem bernischen Orchesterverein ein Vertrag, wonach erstere dem letztern die Aufführung ihrer Werke gegen Entrichtung einer jährlichen Gebühr von Fr. 40 gestattet habe. Endlich sei 3. der Klägerinn durch diese Productionen gar kein Schaden erwachsen. Das Amtsgericht Bern verurtheilte den Beklagten zu einer Entschädigung von Fr. 10 und zur Vergütung der Hälfte der klägerischen Processkosten.

Motive: Betreffend Einrede 1: Art. 20 der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen und künstlerischen Eigenthums vom 23. Februar 1882 verleiht den Verfassern dramatischer und musikalischer Werke, welche in Frankreich zum ersten Male veröffentlicht oder aufgeführt werden, in der Schweiz den nämlichen Schutz, welchen die französischen Gesetze den schweizerischen Verfassern und Componisten gewähren. Es ruft dieser Artikel also der Anwendung französischer Gesetze durch schweizerische Gerichte.

Es fragt sich nun aber, ob die neueste Uebereinkunft mit Frankreich nicht seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes von 1883 zum Theil dahingefallen sei und ob mithin nicht in casu statt Art. 20 der Uebereinkunft Art. 7 des Bundesgesetzes zur Anwendung komme.

Der Beklagte beruft sich für die Bejahung dieser Frage auf Art. 17 Al. 2 der Uebereinkunft, wonach die in der Schweiz anzuwendenden Bestimmungen derselben durch gesetzgeberische Vorschriften ersetzt werden können, welche die schweizerischen Bundesbehörden, immerhin unter Gleichstellung der Ausländer mit den Einheimischen, in Bezug auf das litterarische und künstlerische Eigenthum erlassen mögen. Er führt aus, dass die Schweiz von diesem Rechte durch Erlassung des Bundesgesetzes vom 23. April 1883 Gebrauch gemacht habe und dass somit seit Inkrafttreten dieses Gesetzes (1. Januar 1884) dessen Bestimmungen ohne weiteres an die Stelle der Art. 16 und 18 ff. der Uebereinkunft getreten seien.

Dem gegenüber ist zu beachten, dass Art. 17 der Uebereinkunft diese Befugniss den schweizerischen Bundesbehörden nur mit Vorbehalt der in Art. 34 (der nämlichen Uebereinkunft) vereinbarten Garantien ertheilt.

Art. 34 nun bestimmt unter anderem, dass die Ueber-

einkunft vollziehbar bleibe bis zum 1. Februar 1892, dass aber jeder Theil sich das Recht vorbehalte, dieselbe vor diesem Zeitpunkte zu künden, falls die bezügliche Gesetzgebung in dem einen oder dem andern Lande derart geändert werden sollte, dass eine Revision wünschenswerth erscheinen möchte, und dass die Wirkungen einer Kündigung erst 12 Monate nach dem Datum ihrer Bekanntgebung zur Geltung kommen. Dieser Artikel enthält daher unter anderm die Garantie, dass die Uebereinkunft gekündet werden muss, wenn die Schweiz die Art. 16 und 18 ff. der Uebereinkunft durch eigene gesetzgeberische Vorschriften ersetzen will. Eine solche Kündigung ist nun aber nicht erfolgt, so dass die Uebereinkunft bis auf weiteres in ihrem ganzen Inhalte noch zu Kraft besteht.

Von dieser Auffassung ging denn auch der schweiz. Bundesrath aus, als er die Uebereinkunft den Räthen zur Genehmigung vorlegte. Vgl. seine Botschaft an die Bundesversammlung vom 31. März 1882 in B. B. 1882, I S. 701 ff.

Es kann sich ferner fragen, ob nicht die in Bern abgeschlossene „Uebereinkunft betreffend die Bildung eines internationalen Verbandes zum Schutze von Werken der Litteratur und Kunst vom 9. September 1886“ einzelnen Bestimmungen der Konvention mit Frankreich und so namentlich dem Art. 20 derogire. Jene sogen. Berner-Konvention, welcher auch Frankreich und die Schweiz beigetreten sind, bestimmt in Art. 2 grundsätzlich, dass die einem der Verbandsländer angehörigen Urheber in den übrigen Ländern für ihre Werke diejenigen Rechte geniessen, welche die betreffenden Gesetze den inländischen Urhebern einräumen.

Hiermit steht Art. 20 der Konvention mit Frankreich, nach welchem in der Schweiz zum Schutze der Aufführungen französisches Recht angewendet werden soll, in direktem Widerspruch.

Speciell gegen die öffentliche Aufführung bereits veröffentlichter „musikalischer“ Werke schützt die internationale Konvention in Art. 9 nur diejenigen Komponisten, die auf dem Titelblatt oder an der Spitze des betreffenden Werkes ausdrücklich die öffentliche Aufführung untersagt haben, — eine Einschränkung, die die französische Gesetzgebung und mithin Art. 20 der Uebereinkunft mit Frankreich nicht kennt.

Für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage fällt zunächst Art. 15 der Berner-Konvention in Betracht, wonach die Regierungen der Verbandsländer sich das Recht vorbehalten haben, einzeln miteinander besondere Abkommen zu

treffen, insoweit als diese Abkommen den Urhebern oder ihren Rechtsnachfolgern weitergehende Rechte, als ihnen solche durch den Verband gewährt werden, einräumen.

Ferner ist hinzuweisen auf den Zusatzartikel der Konvention, welcher folgenden Passus enthält:

„Die unter dem heutigen Datum abgeschlossene Uebereinkunft berührt in keiner Weise die weitere Geltung der zwischen den vertragschliessenden Ländern gegenwärtig bestehenden Abkommen, insoweit als diese Abkommen den Urhebern oder ihren Rechtsnachfolgern weitergehende Rechte, als ihnen solche durch den Verband gewährt werden, einräumen oder sonst Bestimmungen enthalten, welche dieser Uebereinkunft nicht zuwiderlaufen."

Nun ist aber unbestreitbar, dass die Bestimmung der neuesten Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich, wonach französische Autoren in der Schweiz für den Schutz ihrer Werke gegen Aufführungen sich die französische Gesetzgebung zu Nutzen ziehen können, diesen Autoren weitergehende Rechte verleiht, als die Berner-Konvention. Nach der letztern müssten die Bestimmungen des Bundesgesetzes von 1883 zur Anwendung kommen; welches aber, wie wir später sehen werden, für die Autoren weit ungünstiger ist, als die französische Gesetzgebung.

Die Berner-Konvention lässt daher den Art. 20 des Staatsvertrages mit Frankreich unberührt.

(Im Folgenden wird nun einlässlich an der Hand der Konvention von 1882 und der französischen Gesetzgebung nachgewiesen, dass die schweizerischen Componisten in Frankreich den französischen Componisten gleichgestellt sind, dass daher die letztern, in casu die Kläger, in der Schweiz das französische Recht anrufen können, und dass ihnen dieses im vorliegenden Falle zur Seite stehe.)

Betreffend Einrede 2 wird ausgeführt, dass der zwischen der Klägerin und dem Orchesterverein bestehende Vertrag bloss auf Concerte könne bezogen werden, welche der Orchesterverein selbst veranstalte, nicht auf Theatervorstellungen und Musikaufführungen andrer Musikgesellschaften, zu denen der Orchesterverein das Orchester vermiethet.

Betreffend Einrede 3. Es ist zu bedenken, dass Componisten in ihrem eigenen Interesse nicht exorbitante Gebühren verlangen dürfen und dass sich auch die klägerische Gesellschaft in der That mit mässigen Gebühren begnügt. So gestattet sie gemäss dem producirten Vertrage dem Bernischen Orchesterverein die Aufführung ihrer sämmtlichen Werke, für eine jährliche Gebühr von nur Fr. 40. Der durch

Nichteinholung einer Einwilligung entstandene Schaden darf daher auch nicht hoch bemessen werden.

Es ist zudem in Betracht zu ziehen, dass die beiden Musikstücke, wegen deren Aufführung Schadenersatz verlangt wird, nur in Zwischenacten gespielt wurden und dass der Zwischenactmusik gegenüber der eigentlichen Theatervorstellung nur eine sehr geringe Bedeutung zukömmt. Man würde daher, falls sich der Beklagte um die Erlangung einer bezüglichen Einwilligung bemüht hätte, hiefür wohl nur eine unbedeutende Gebühr verlangt und bezahlt haben, so dass der entstandene Schaden auch nur unbedeutend sein kann.

Zur Bestimmung dieses Schadens mögen schliesslich verschiedene französische und belgische Urtheile in ähnlichen Processen aus den Jahren 1887 und 1888 herangezogen werden, welche sich zusammengestellt finden im „Bulletin de la Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de Musique" Nr. 39 und 40. In diesen Urtheilen variiren die gesprochenen Entschädigungen per Musikstück und Componist je nach den Verumständungen des einzelnen Falles zwischen Fr. 3. und Fr. 20.

Im vorliegenden Falle wird wohl eine Entschädigung von Fr. 5 per Musikstück den obwaltenden Umständen entsprechen.

In Bezug auf die Kosten muss bemerkt werden, dass die klägerische Gesellschaft einen grossen Theil der entstandenen Kosten vermieden haben würde, wenn sie ihre Forderung nicht in die Competenz des Amtsgerichtes, sondern in diejenige des Gerichtspräsidenten gestellt hätte. Sie konnte von vornherein erwarten, dass ihr im Falle des Obsiegens nicht ein Beitrag zugesprochen werden könnte, der die Competenz des Einzelrichters übersteigen würde.

Zudem liess die Klägerin, welche ursprünglich wegen unbefugter Aufführung von sechs Musikstücken Entschädigung verlangt hatte, im Laufe der Verhandlungen einen Theil ihrer Ansprüche fallen.

Diesen beiden Verumständungen muss im Urtheile, soweit es sich auf die Kosten bezieht, Rechnung getragen werden.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

15. *Art. 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 24 O. R. 1. Gebundenheit des Bundesgerichtes an den von dem kantonalen Gerichte festgestellten Thatbestand bezüglich der Frage des Kausalzusammenhangs und der Arglist bei Anfechtung eines Vertrages wegen Betrugs; 2. Erfordernisse einer solchen Klage.*

Ein Gesellschaftsvertrag enthielt die Bestimmung, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters die andern Gesellschafter das Recht haben sollen, die Liegenschaften zu den im letzten Inventar angesetzten Preisen zu übernehmen. Vor Ablauf der Vertragszeit starb einer der Gesellschafter P. J. und die beiden übrigen P. B. und F. B. erklärten, von dem erwähnten Rechte Gebrauch machen zu wollen. Die Erben des P. J. behaupteten aber u. A., dass dieses Recht erst nach Ablauf der Vertragszeit geltend gemacht werden könne. In der Folge kam ein Vergleich zu Stande, wonach sich die Erben P. J. auf Grundlage des letzten Inventars abfinden liessen. Nach Abschluss dieses Auslösungsvertrages verkauften P. B. und F. B. eine Mühle, welche der Gesellschaft gehört hatte, um einen den Ansatz im letzten Inventar erheblich übersteigenden Preis, und es ergab sich, dass die bezüglichen Unterhandlungen mit dem Käufer schon einige Zeit vor Abschluss des Auslösungsvertrages von einem der Gesellschafter angeknüpft worden waren. Nun klagten die Erben P. J. gestützt auf Art. 24 O. R. auf Aufhebung des Auslösungsvertrags, unter der Behauptung, die beiden B. haben ihnen bei Abschluss desselben von jenen Unterhandlungen keine Kenntniss gegeben und dadurch Thatsachen, welche auf ihre Willensbestimmung von wesentlichem Einflusse gewesen wären, in widerrechtlicher Weise arglistig verschwiegen. Das Bundesgericht bestätigte das die Klage abweisende kantonalgerichtliche Urtheil. Bezüglich der Auslegung des Art. 24 O. R. und der Gebundenheit des B.-Ger. an den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand sagt das b.-g. Urtheil:

Das Bundesgericht ist nach Art. 30 Abs. 4 O. G. nicht Richter der That-, sondern nur der Rechtsfrage; die rein thatsächliche Würdigung des Prozessstoffes durch die kantonalen Gerichte untersteht seiner Nachprüfung nicht, seine Aufgabe beschränkt sich auf die rechtliche Ueberprüfung der Entscheidung, welche ihm im Interesse einheitlicher Anwendung des eidgenössischen Privatrechts übertragen ist. Thatsächliche Schlussfolgerungen der kantonalen Gerichte muss daher das Bundesgericht seinem Urtheile ohne weiters zu Grunde legen; nur die richtige Anwendung des objektiven Rechts, von Rechtssätzen oder Rechtsbegriffen, untersteht seiner Kontrole. Nun stellt das kantonale Gericht fest einerseits, die Beklagten seien nach dem Ableben des P. J. von der Meinung ausgegangen, es stehe ihnen nunmehr ein unbedingtes Verfügungsrecht über die Liegenschaften der Firma zu, andrerseits, die Unterlassung der Mittheilung der gepflogenen Verkaufsunterhandlungen sei ohne Einfluss auf die Entschliessung der Kläger gewesen. Beide Feststellungen sind thatsächlicher Natur und lassen einen Rechtsirrthum nicht erkennen. Durch dieselben wird aber der Anfechtungsklage der Erben J. die thatsächliche Grundlage entzogen. Zur Begründung dieser Klage wäre gemäss Art. 24 O. R. der Nachweis erforderlich, dass die Kläger durch betrügerische Handlungen der Beklagten zum Vertragsschlusse seien verleitet worden. Als betrügerische Handlung im Sinne des Gesetzes kann nun allerdings, wie den Klägern ohne weiters zuzugeben ist, auch eine Unterlassungshandlung erscheinen, ein Verschweigen wahrer Thatsachen; allein erforderlich ist, dass das Schweigen ein arglistiges war, dass die Partei sich dabei bewusst war oder redlicherweise bewusst sein musste, sie sei zu Aufklärung des Gegners, zur Offenlegung der Verhältnisse diesem gegenüber verpflichtet. Gerade das ist nun aber hier nach der thatsächlichen Feststellung des Vorderrichters nicht anzunehmen. Wenn danach die Beklagten seit dem Tode des P. J. der Meinung waren, über die Liegenschaften u. s. w. der Firma unbedingt verfügen zu dürfen, so musste ihnen eine Verpflichtung, den Erben J. von den diese doch nicht mehr betreffenden Verkaufsunterhandlungen über das Etablissement in Ch. Mittheilung zu machen, als ausgeschlossen erscheinen. Es kann auch nicht etwa gesagt werden, die Beklagten haben redlicherweise gar nicht der Meinung sein können, der Gesellschaftsvertrag verleihe ihnen das beanspruchte Recht; denn seinem Wortlaute nach ist der Gesellschaftsvertrag sehr verschiedener Auslegung fähig und

es liegen auch sonst keine Thatsachen vor, welche den guten Glauben der Beklagten an ihr Recht als ausgeschlossen erscheinen liessen. Sollte daher auch die Meinung der Beklagten, zur Uebernahme des Geschäftes nach dem Tode des P. J. ohne anders auf Grund der letzten Inventarisirung berechtigt gewesen zu sein, als eine irrthümliche betrachtet werden müssen und angenommen werden, die Beklagten wären auf Grund des Gesellschaftsvertrages zur Mittheilung der Verkaufsunterhandlungen an die Erben J. verpflichtet gewesen, so ist doch die betrügerische Absicht der Beklagten nach dem festgestellten Thatbestande (eben durch den Irrthum der letztern) ausgeschlossen. Ebenso mangelt nach der thatsächlichen Feststellung des Vorderrichters der Kausalzusammenhang zwischen dem als rechtswidrig bezeichneten Verhalten der Beklagten und dem Entschlusse der Kläger, den Auslösungsvertrag abzuschliessen. Der Vorderrichter stellt in dieser Beziehung fest, die Mittheilung der damals erlangten Verhandlungsresultate sei ohne Bedeutung für den Entschluss der Kläger gewesen; er entscheidet also, dass zwischen demjenigen Momente des Thuns der Beklagten, welches als rechtswidrig bezeichnet wird, d. h. dem Verschweigen der Verkaufsunterhandlungen und dem Entschlusse der Kläger ein Kausalzusammenhang nicht bestehe, dass vielmehr das fragliche Moment für den Entschluss der Kläger bedeutungslos gewesen sei. Diese Entscheidung beruht auf einer vom Vorderrichter aus dem Prozessstoffe gezogenen Schlussfolgerung, allein auf einer Schlussfolgerung rein thatsächlicher Natur, welche nicht auf der Anwendung von Rechtsregeln oder Rechtsbegriffen beruht und welche deshalb sich der Kritik des Bundesgerichtes entzieht. Wenn der Vorderrichter davon ausginge, den Klägern hätte obgelegen, besonders zu beweisen, dass die Mittheilung der Verkaufsunterhandlungen für ihren Entschluss von Bedeutung gewesen wäre, und es sei nun dieser Beweis nicht erbracht, so möchte von einem Rechtsirrthum allerdings gesprochen werden können;[1]) allein das angefochtene Urtheil entscheidet nun eben nicht nur, der Kausalzusammenhang sei nicht besonders erwiesen, sondern er stellt geradezu die negative Thatsache als erwiesen fest, dass ein solcher nicht bestehe, dass vielmehr die den Beklagten vorgeworfene Unterlassungshandlung für den Entschluss der Kläger wirkungslos gewesen sei. Darin liegt eine auf rein thatsächlichen Erwägungen beruhende

[1]) S. diese Revue Bd. V S. 9 Nr. 7.

Feststellung, welche das Bundesgericht seiner Entscheidung zu Grunde legen muss, ohne sie auf ihre Richtigkeit hin prüfen zu können (s. die angef. Entscheidung i. S. Schirach c. Lobenstein). (Entsch. v. 22. Nov. 1889 i. S. Erben Jenni c. Blumer.)

---

16. *Vergleich; inwiefern steht derselbe unter eidgenössischem Recht?*

Verträge, welche inhaltlich dem durch das schw. O. R. normirten Rechtsgebiete angehören, unterstehen auch dann den Bestimmungen dieses Gesetzes, wenn sie im Wege des Vergleiches, zu Abwendung rechtlicher Entscheidung über bestrittene Ansprachen abgeschlossen werden. (Entsch. v. 22. Nov. 1889 i. S. Erben Jenni c. Blumer.)

---

17. *Art. 26 und 27 O. R. Inwiefern können Schuldanerkennungen, welche Jemand nach Einleitung einer Strafuntersuchung, bezw. nach Anwendung der Verhaftung gegenüber dem Strafkläger ausgestellt hat, wegen Furchterregung als unverbindlich angefochten werden?*

Hierüber entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgendes:

Der Kläger hat den Beklagten nicht mit eigenmächtiger Zufügung eines Uebels bedroht, sondern ist im Wege Rechtens gegen denselben vorgegangen, indem er das gesetzmässige Einschreiten der zuständigen Strafverfolgungsbehörde veranlasste. Die Massnahmen, welche von letzterer getroffen wurden, qualifiziren sich als rechtmässige Ausübung der Staatsgewalt, woran die spätere Aufhebung der Strafuntersuchung nichts ändert, denn mochte sich immerhin nachträglich herausstellen, dass ein Grund zu strafrechtlicher Verfolgung nicht vorlag, so war doch von Anfang an die Anordnung der Strafuntersuchung, welche dieses Resultat ergab, eine gesetzlich berechtigte Massregel. In der Androhung oder Einleitung rechtlicher Schritte nun, auch in der Veranlassung gesetzmässigen Einschreitens der Strafjustiz (der Erstattung einer Strafanzeige u. s. w.) liegt an sich keine widerrechtliche Handlung; es kann also die durch derartige Schritte etwa erzeugte Furcht des Verfolgten an und für sich grundsätzlich nicht als eine widerrechtlich erregte bezeichnet werden, wegen welcher der Verfolgte gegenüber einem von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sich auf Art. 26 O. R. be-

rufen könnte. Nur dann liegt eine widerrechtliche Handlung vor, wenn das Einschreiten der Strafjustiz missbräuchlicherweise angedroht oder benützt wird, um dem Verfolgten durch Einschüchterung, durch den psychologischen Zwang der Furcht vor erheblichen Uebeln, wie längerer Freiheitsberaubung, durch Untersuchungshaft oder Strafe, Vernichtung von Ehre und Kredit u. s. w., Leistungen oder Zusicherungen abzupressen, auf welche der Gläubiger kein Recht hat und welche der Schuldner bei freiem, d. h. nicht durch Furcht bestimmten Willensentschlusse als übermässige nicht gewähren würde, s. Art. 27 Abs. 3 O. R. (Entsch. v. 27. Dezbr. 1889 i. S. Toggweiler c. Jucker.)

---

18. *Art. 60 und 62 O. R. Solidare Haftung für ausserkontraktlichen Schaden, a. im Allgemeinen, b. des Geschäftsherrn mit dem Schädiger.*

Haben Mehrere aus Fahrlässigkeit widerrechtlich einem Andern Schaden zugefügt, so haften sie, soweit die Haftung derselben aus Art. 50 O. R. abgeleitet wird, nach Art. 60 ibid. solidarisch. Soweit dagegen Jemand gemäss Art. 62 O. R. als Geschäftsherr des Schädigers neben demselben belangt wird, so ergibt sich die solidarische Haftung nicht aus Art. 60, sondern liegt ein besonderer Fall gesetzlicher Solidarität vor, indem der Schädiger aus Art. 50 und der Geschäftsherr aus Art. 62 O. R. auf Ersatz des ganzen Schadens haftet.[1]) (Entsch. v. 15. Nov. 1889 i. S. Fürst c. Schenker und Wyss.)

---

19. *Art. 67 O. R. Haft des Eigenthümers eines Werkes für den durch mangelhafte Unterhaltung oder Erstellung desselben verursachten Schadens. Schädigung des Miethers durch Zerspringen einer Wasserleitung.*

Der Eigenthümer eines Hauses, welches mit einer Wasserleitung aus einer öffentlichen Wasserversorgung versehen ist, haftet dem Miether für den in Folge mangelhafter Unterhaltung dieser Leitung (z. B. durch Zerspringen derselben) an seinen Sachen verursachten Schaden, auch wenn ihn persönlich kein Verschulden trifft. (Entsch. v. 28. Sept. 1889 i. S. Hilfiker c. Morel.)[2])

---

[1]) Vgl. Hartmann in Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. VI. S. 117 ff.

[2]) S. unten Nr. 37.

20. *Art. 117 und 122 O. R. Rücktritt bei zweiseitigen Verträgen wegen Verzuges des andern Theils. Kann die Mahnung mit der Fristansetzung verbunden werden? Muss der säumige Theil, welchem die Frist zu kurz erscheint, beim andern um Verlängerung nachsuchen? Fristansetzung zur Leistung einer bedungenen Bürgschaft.*

B. hatte im Frühjahr 1887 die Milch von der Sennereigesellschaft N. gekauft und sich verpflichtet, für den Kaufpreis Bürgschaft durch zwei habhafte Personen zu bestellen. Da er nur einen Bürgen beschaffen konnte, so gab er der Gesellschaft weitere Sicherheit durch Verpfändung der Käse, womit sich dieselbe begnügte. Allein schon im Oktober 1887 gerieth der Bürge in Konkurs. Am 9. Dezbr. gl. J. setzte nun die Gesellschaft dem B. bis zum 15. Dezbr. Frist an, um die bedungene Bürgschaft zu leisten, ansonst die Käserei geschlossen werde. Da B. dieser Auflage nicht nachkam, so wurde am 16. Dezbr. der Vertrag von der Gesellschaft aufgehoben und die Milch anderweitig verkauft. B. belangte nun die Gesellschaft auf Schadensersatz, indem er namentlich geltend machte, die Gesellschaft sei nicht berechtigt gewesen, ihm am 9. Dezbr. Frist zur Bürgschaftsbestellung unter Androhung des Rücktrittes anzusetzen, da er sich damals nicht im Verzuge befunden habe, indem er niemals gemäss Art. 117 Abs. 1 O. R. gemahnt worden sei. Auch sei die Frist zu kurz gewesen, und er habe übrigens am letzten Tage der Frist zwei Bürgen benannt. Darauf erwiderte das Bundesgericht: Die Beklagte konnte dem Kläger zur Ersetzung des Bürgen gemäss Art. 122 O. R. angemessene Frist ansetzen, bei deren unbenütztem Ablaufe sie vom Vertrage zurücktreten werde. Eine vorherige Mahnung des B. war nicht erforderlich. In der Ansetzung der Nachfrist lag gleichzeitig die Mahnung, durch welche der Schuldner in Verzug gesetzt wurde. Dass die Ansetzung der Nachfrist erst nach vorhergegangenem besondern Mahnungsakt, also thatsächlich erst in Verbindung mit einer zweiten Mahnung des Schuldners erfolgen dürfe, fordert das Gesetz nicht. Auch die Frist von sechs Tagen erscheint angemessen. Wenn B. dieselbe zu kurz fand, so war es seine Sache eine Verlängerung zu verlangen; er hat diess aber nicht gethan und kann daher nicht nachträglich sich über die Bemessung der Frist beschweren. Uebrigens hat ja B. längst gewusst, dass er Bürgschaft zu bestellen habe. Mit der blossen Benennung von zwei Bürgen hat aber B. seine Verpflichtung nicht erfüllt; zu einer gehörigen Erfüllung hätte vielmehr zum Min-

desten die Einlage der von den Bürgen unterzeichneten Bürgschaftsverpflichtung gehört. (Entsch. v. 28. Dezbr. 1889 i. S. Brügger c. Sennereigesellschaft Niederwyl.)

---

21. *Art. 130 O. R. Kompensation grundversicherter Forderungen; richtet sich dieselbe ausschliesslich nach kantonalem Recht?*[1] *Begriff der grundversicherten Forderung.*

1. Die Tilgung grundversicherter Forderungen durch Verrechnung (Kompensation) steht ausschliesslich unter kantonalem Rechte, also auch dann wenn dasselbe für die Ausübung des Kompensationsrechtes bezüglich solcher Forderungen keine besondern Bedingungen aufstellt, sondern lediglich (wie z. B. nach Code civ. franç.) die allgemeinen civilrechtlichen Bestimmungen über die Kompensation zur Anwendung kommen. Wenden die kantonalen Gerichte die Bestimmungen des eidg. O. R. an, so ist anzunehmen, dieselben gelten in dem betreffenden Kanton als kantonales Recht.[2]

2. Zu den grundversicherten Forderungen im Sinne des Art. 130 O. R. gehören nicht bloss die durch vertragliches Pfandrecht, sondern auch die durch gesetzliches Pfandrecht gesicherten Forderungen, créances privilégiées des französ. Rechts. (Entsch. v. 20. Dezbr. 1889 i. S. Goudard u. Cons. c. Gavard.)

---

22. *Art. 110, 116, 117 ff. und 252 O. R. Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung eines Gattungskaufes, wenn der Käufer die angebotene Waare wegen Nichtprobemässigkeit zurückgewiesen und die Lieferung musterkonformer Waare verlangt hat. Beginn der Zinspflicht von der Schadensersatzforderung.*

Wenn beim Gattungskauf der Käufer die ihm vom Verkäufer als Erfüllung angebotene Waare als nicht probemässig zurückweist und gemäss Art. 252 O. R. probemässige Waare verlangt, der Verkäufer aber darauf die Lieferung solcher Waare einfach unterlässt, so wird er nach Art. 110 und 116 O. R. schadensersatzpflichtig. Bei der Schadensfestsetzung darf aber nicht die Werthdifferenz zwischen der Vertragswaare und der als nicht vertragsgemäss zurückgewiesenen Waare zu Grunde gelegt werden, sondern massgebend ist

---

[1]) Vgl. diese Revue V. S. 5 Nr. 4.
[2]) Vgl. Huber, System des schweiz. Privatrechts III S. 663 f.

die Differenz zwischen dem Vertragspreise und demjenigen Preise, um welchen Ersatzwaare beschafft werden konnte.

Der Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer mit der Waarenlieferung in Verzug gerieth, ist nicht massgebend für den Beginn des Verzugszinses von der Schadensersatzforderung. Vielmehr beginnt diese Zinspflicht erst mit dem Tage, da der Verkäufer zur Zahlung des Schadensersatzes aufgefordert worden ist. (Entsch. v. 24. Januar 1890 i. S. Schenk c. Egli.)

---

23. *Art. 248 O. R. Klage auf Preisminderung wegen Mängel der Kaufsache. Beweislast.*

Sofern die Waare vom Käufer von vornherein als nicht vertrags- oder gesetzesgemäss zurückgewiesen wird, hat der Verkäufer deren Empfangbarkeit zu beweisen. Ist aber die Waare einmal als vertragsmässiger Leistungsgegenstand in Empfang genommen worden, so dreht sich die Beweislast um; wenn nunmehr der Empfänger klage- oder einredeweise Ansprüche wegen Sachmängeln geltend machen will, so hat er das Vorhandensein der behaupteten Mängel und zwar zur massgebenden Zeit (des Vertragsabschlusses, der Versendung oder Uebergabe) zu beweisen. Denn er negirt nicht den Klagegrund, sondern macht einen auf die mangelhafte Beschaffenheit der gegnerischen Leistung gegründeten selbständigen Anspruch geltend, dessen thatsächliche Grundlage er darzuthun hat. Eine Präsumtion dafür, dass später hervorgetretene, vorborgene Mängel einer Waare schon bei der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, stellt das Gesetz nicht auf und ist speziell nicht aus Art. 248 Abs. 2 O. R. abzuleiten. Diese Bestimmung erklärt sich daraus, dass in denjenigen Fällen, auf welche sie sich bezieht, die Beweislast an sich nicht den Käufer, sondern vielmehr den Verkäufer treffen würde. Denn sie bezieht sich auf den Fall, wo der Käufer eine übersandte Waare von Anfang an als nicht empfangbar zurückweist. (Entsch. v. 8. Novbr. 1889 i. S. Huber c. di Pauli.)

---

24. *Vertrag über Erstellung und Uebereignung eines auf Grund und Boden des Uebernehmers zu errichtenden Gebäudes; Werkvertrag oder Liegenschaftsverkauf?*

Zwischen B. und D. einerseits und O. B. andererseits war ein „Bauvertrag“ abgeschlossen worden, wonach B. und D.

sich verpflichteten, O. B. ein Haus nach vereinbarten Bauplänen und Baubeschreibung zu erstellen, den Bauplatz dazu sowie einen Platz um das Haus herum zu beschaffen und das Wegrecht an einem B. und D. gehörigen Wege einzuräumen. Nach Erstellung des Hauses verweigerte O. B. die Bezahlung des Kaufpreises, weil die Baute mangelhaft erstellt und verspätet übergeben worden sei. Das Bundesgericht, an welches das kantonale Urtheil von einer Partei weitergezogen worden war, lehnte die Beurtheilung dieser Streitigkeit wegen Incompetenz ab. Gründe: Die Bezeichnung des Vertrages als „Bauvertrag" ist für die Frage, ob ein Werkvertrag oder ein Liegenschaftenverkauf vorliege, nicht entscheidend, sondern es kommt auf den Inhalt des Vertrages in seinem Verhältnisse zu den Bestimmungen des objektiven Rechts an. Grundsätzlich ist der Werkvertrag Arbeitsvertrag und der Kaufvertrag Umsatzvertrag. Dem Werkvertrag ist wesentlich die Verpflichtung des Unternehmers zu Herstellung eines Werkes gegen einen Arbeitslohn, dem Kaufvertrage die Verpflichtung des Verkäufers zur Uebereignung einer bestehenden oder zukünftigen Sache gegen Kaufpreiszahlung. Allerdings kennt das eidg. O. R. Art. 351, abweichend vom gemeinen Rechte, auch Werkverträge, bei denen der Unternehmer den Stoff zu liefern hat und also gleichzeitig als Veräusserer erscheint. Allein im vorliegenden Falle haben Kläger nicht nur ein Werk auszuführen oder Material dazu zu liefern, sondern auch den Bauplatz zu übereignen resp. den Bau auf ihrem eigenen Grund und Boden auszuführen und hernach dem Besteller sammt Grund und Boden zu übereignen, und zwar ist für beide Leistungen nur ein Vertrag mit einem einheitlichen Preise abgeschlossen. Es liegt also nicht ein Werkvertrag vor, bei welchem der Unternehmer bloss den Stoff zu liefern hat; denn das Gebäude wird umgekehrt Bestandtheil des Grundstücks. Der Vertrag ist daher auf eine Veräusserung von Grund und Boden, auf Uebereignung eines Grundstückes gerichtet und erscheint daher wesentlich als Kaufvertrag. Die Liegenschaftenkäufe unterstehen aber nach Art. 231 O. R. in allen Beziehungen dem kantonalen Recht, woraus folgt, dass diese Streitigkeiten lediglich von den kantonalen Gerichten zu beurtheilen sind.[1] (Entsch. v. 7. Dezbr. 1889 i. S. Bucher u. Durrer c. O. Baggalay.)

---

[1]) In gleicher Weise hat das B.-Gericht am 24. Januar 1890 i. S. Stächelin c. Buser entschieden, in welchem Falle der Verkäufer eines Hauses

25. *Wechselrecht; ist der Indossatar zur Wahrung der Interessen des Indossanten verpflichtet? Haftung des Indossatars wegen Arglist.*

R. pflegte seit ca. 10 Jahren Tratten, welche Sch. an eigene Ordre ausgestellt und an R. indossirt hatte, mit seinem Indossament zu versehen, damit Sch. dieselben von der Bank in B. discontiren lassen und den Betrag in baar beziehen könne. Von diesen Tratten, im Gesammtbetrage von über 500,000 Fr., wurde nur ein geringer Bruchtheil den Bezogenen zur Einlösung vorgelegt; der grössere Theil wurde von Sch. jeweilen einige Zeit vor Verfall zurückgezogen, theilweise bezahlt, theilweise prolongirt, wesentlich aber durch neue, ebenfalls von R. girirte Tratten ersetzt. Beim Tode des Sch. besass die Bank in B. noch 66 von Sch. ausgestellte und R. indossirte Wechsel, welche alle auf Personen gezogen waren, welche dem Sch. nichts schuldeten. R. glaubte nun, sich der Pflicht zur Zahlung dieser Wechsel deshalb entziehen zu können, weil die Bank schon lange die Gewissheit gehabt habe, dass der Wechselverkehr des Sch. kein reeller sei, sondern Sch. nur darauf ausgehe, auf unerlaubte Weise Geld zu machen. Diesem verbrecherischen Treiben habe die Bank Vorschub geleistet, indem sie jeweilen den Rückzug der von Sch. ausgestellten Wechsel gestattet habe, ohne ihm, R., Anzeige zu machen. R. habe geglaubt, es handle sich um Kundenwechsel und der Wechselverkehr wickle sich ordnungsmässig auf normaler Grundlage ab. Durch ihr Verhalten habe sich die Bank ihm gegenüber nach Art. 50 und 113 O. R. schadensersatzpflichtig gemacht. In Uebereinstimmung mit den kantonalen Instanzen hat das Bundesgericht den R. abgewiesen. Gründe: Zwischen R. und der Bank in B. bestand in der hier fraglichen Richtung lediglich ein wechselrechtliches Verhältniss. Die Bank B. hat lediglich die von Sch. ausgestellten und von R. girirten Wechsel discontirt und ist dadurch als Wechselnehmer in den Wechselverkehr eingetreten. Für die Annahme, dass diess auf Grund eines dem Kreditauftrage ähnlichen Rechtsverhältnisses zwischen ihr, R. und Sch. geschehen sei, mangelt jeder Anhaltspunkt. R. stand der Bank B. als Wechselnehmerin lediglich als Wechselgeber gegenüber; ein civilrechtliches Verhältniss, wonach die Bank B. dem R. gegenüber zur Wahrung seiner

---

sich verpflichtet hatte, bis zum Antritt des Kaufobjectes durch den Käufer noch bauliche Veränderungen an demselben um einen bestimmten, zum Kaufpreise zuzuschlagenden, Preis vorzunehmen.

Interessen verpflichtet gewesen wäre, bestand nicht. Der Anspruch des R. gegen die Bank B. könnte daher nur dann gutgeheissen werden, wenn die Bank bei Erwerb ihrer wechselrechtlichen Ansprüche arglistig gegen R. gehandelt hätte. Das ist aber nicht der Fall. Eine arglistige Handlungsweise der Bank läge dann vor, wenn R. zur Unterzeichnung der Wechsel von Sch. durch die betrügerische Vorgabe, dieselben seien Kundenwechsel, verleitet worden wäre und die Bank die Wechsel in Kenntniss des Betruges erworben hätte. Keine dieser beiden Thatsachen ist aber bewiesen oder auch nur zum Beweise verstellt. Eine Haftung der Bank wegen Fahrlässigkeit kann, da die Bank zur Wahrung der Interessen des R. rechtlich nicht verpflichtet war, sondern ausschliesslich als Wechselgläubigerin in Betracht kommt, gar nicht in Frage kommen. (Entsch. v. 13. Dezbr. 1889 i. S. Rohn c. Bank in Baden.)

---

26. *Art. 6 Fabrikhaftpflichtgesetzes. Entschädigungsberechtigte Personen; wird der Kreis derselben lediglich durch dieses Gesetz bestimmt? Kantonales Recht massgebend bezüglich der Unterhaltspflicht.*

Bei Haftpflichtansprüchen, welche lediglich ex lege, aus dem Fabrikhaftpflichtgesetz abgeleitet werden, sind für die Bestimmung des Kreises der entschädigungsberechtigten Personen ausschliesslich die Bestimmungen des Fabrikhaftpflichtgesetzes und nicht die Vorschriften des eidg. O. R. massgebend. Aus Art. 52 O. R. kann nichts für die Auslegung des Art. 6 lit. a. jenes Gesetzes hergeleitet werden. Letztere Bestimmung stellt eine Spezialnorm für die gesetzliche Haftpflicht aus Fabrikbetrieb auf, welche selbständig zu interpretiren ist und nicht mit Rücksicht auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen des O. R. ausgedehnt werden darf. Wenn daher allerdings Art. 52 O. R. für die Fälle widerrechtlicher schuldhafter Tödtung eines Menschen nicht nur denjenigen einen Ersatzanspruch gewährt, denen der Getödtete Unterhalt zu gewähren pflichtig war, sondern allen Personen, denen er thatsächlich ein Versorger war, so folgt hieraus nichts für die Auslegung des Art. 6 Fabrikhaftpflichtgesetzes. — Ueber die Existenz einer (familienrechtlichen) Unterhaltspflicht entscheidet das kantonale Recht. Aus Art. 6 Fabrikhaftpflichtges. folgt nicht, dass die dort bezeichneten Hinterlassenen unter allen Umständen, auch wenn der Getödtete zu ihrem Unterhalt nicht verpflichtet war, entschädigungsbe-

rechtigt seien. (Entsch. v. 25. Januar 1890 i. S. Graf c. schweiz. Centralbahn.)

---

27. *Ehescheidung. Art. 46 und 47 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Kann der Richter, wenn die Scheidungsklage auf Art. 46 gestützt wird, die Scheidung gestützt auf Art. 47 aussprechen, ohne zu untersuchen, ob ein Scheidungsgrund nach Art. 46 vorliege?*

Wenn von einem Ehegatten die Scheidungsklage gestützt auf einen bestimmten Scheidungsgrund im Sinne des Art. 46 des Civilstands- und Ehegesetzes erhoben wird, so muss stets in erster Linie untersucht werden, ob diese Klage begründet sei. Denn derjenige, welchem ein bestimmter Scheidungsgrund zur Seite steht, hat das Recht, denselben geltend zu machen, also zu verlangen, dass die Ehe gestützt auf diesen Scheidungsgrund getrennt werde, und es geht daher nicht an, die Untersuchung der Frage, ob ein bestimmter Scheidungsgrund vorliege, deshalb abzulehnen, weil doch jedenfalls der unbestimmte Scheidungsgrund des Art. 47 leg. cit. zutreffe. Es sind auch die rechtlichen Folgen, welche sich an das Vorhandensein eines der in Art. 46 aufgezählten bestimmten Scheidungsgründe knüpfen, ganz andere als diejenigen des unbestimmten Scheidungsgrundes des Art. 47. Liegt ein bestimmter Scheidungsgrund vor, so muss die Ehe (gänzlich) getrennt werden; im Falle des Art. 47 dagegen hat der Richter die Wahl, auf gänzliche Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett zu erkennen; bei gänzlicher Scheidung wegen eines bestimmten Grundes trifft den schuldigen Theil das Eheverbot des Art. 48 ibidem, bei Scheidung wegen tiefer Zerrüttung dagegen nicht. (Entsch. v. 18. Oktbr. 1889 i. S. Eheleute Baumann.)

---

28. *Ehescheidung; Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe; Folgen der Scheidung; kann auch der unschuldige Ehegatte zur Unterstützung des andern ebenfalls unschuldigen Theils angehalten werden?*

Wenn die Ehescheidung aus einem Grunde ausgesprochen wird, welcher nicht in einem schuldhaften Verhalten eines Ehegatten liegt (z. B. wegen Geisteskrankheit, Leibesgebrechen), so kann der klagende vermögliche Theil nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung zu einer Unterstützung des andern verpflichtet werden, auch wenn ihn ebenfalls keine

Schuld an der Ehescheidung trifft[1]. (Entsch. v. 2. Novbr. 1889 i. S. Eheleute Berthoud.)

---

29. *Gerichtsstandsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Schliesst derselbe sowohl den Gerichtsstand des Arrestes als die Arrestlegung an sich aus?*

Art. 1 des schweiz.-franz. Gerichtsstandsvertrages schliesst den Gerichtsstand des Arrestes im Geltungsbereiche desselben unbedingt und die Arrestlegung an sich, — d. h. wenn die Entscheidung über die Hauptsache nicht dem Arrestrichter zugewiesen wird, sondern der Arrestnehmer die Klage bei dem natürlichen Richter des Belangten anzubringen hat und anbringt — jedenfalls insofern aus, als es sich um den Ausländerarrest, d. h. den bloss mit Rücksicht auf den ausländischen Gerichtsstand und Wohnort des Belangten begründeten Arrest handelt. (Entsch. v. 7. Juni 1889 i. S. Michaud; a. S. d. b.-g. E. XV. S. 240 f.)

---

30. *Art. 1, 3, 15 ff. des Gerichtsstandsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Vereinbarung eines Gerichtsstandes in den Statuten einer Actiengesellschaft für Klagen zwischen Gesellschaftern; kann sich auch der Concursverwalter bei Einforderung der ausstehenden Actienbeträge auf dieselbe berufen? Einrede der Actienzeichner, sie seien durch Irrthum oder Betrug zur Actienzeichnung bewogen worden; hindert dieselbe die Vollziehbarkeit der vom prorogirten Richter ausgefällten condemnirenden Urtheile?*

B. u. Cons. hatten Actien der Gesellschaft A. in Paris gezeichnet und die erste Einzahlung darauf geleistet. Nachdem die Actiengesellschaft in Concurs gerathen war, verweigerten sie die vom Massaverwalter verlangte Volleinzahlung, worauf derselbe, gestützt auf Art. 59 der Gesellschaftsstatuten folgenden Inhalts: „Toutes les contestations qui peuvent s'élever entre les associés sur l'exécution des présents statuts sont soumises à la juridiction des Tribunaux de Paris", den B. u. Cons. beim Handelsgericht der Seine belangte. Die Beklagten bestritten die Competenz dieses Gerichtes, weil sie in der Schweiz wohnhafte Schweizerbürger seien und daher nach Art. 1 des Staatsvertrages vom 15. Juni 1869 an ihrem Wohnorte gesucht werden müssen, Art. 59 der Ge-

---

[1]) Vgl. diese Revue VII. S. 135 Nr. 95.

sellschaftsstatuten keine Domizilerwählung im Sinne des Art. 3 jenes Staatsvertrages enthalte und überdiess desshalb nicht anwendbar sei, weil er sich nur auf Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern beziehe, während hier den Beklagten die Gläubiger gegenüberstehen. Das Handelsgericht der Seine erklärte sich jedoch competent und verurtheilte die Beklagten gemäss dem Klagebegehren. Als nun die Vollziehung der Urtheile in der Schweiz verlangt wurde, bestritten Beklagte die Rechtskraft derselben sowohl aus den früher geltend gemachten Gründen, als aus dem weitern Grunde, weil ihre Actienzeichnung durch dolus und Irrthum bewirkt worden und daher für sie nicht verbindlich sei, woraus auch die Unverbindlichkeit der Statuten und speziell des Art. 59 derselben für sie folge. Die kantonale Behörde wies darauf das Executionsbegehren ab, weil die Urtheile zwischen den Gläubigern der Actiengesellschaft und den Beklagten erlassen worden seien, es sich somit nicht um eine Streitigkeit „entre associés“ handle, für welche Art. 59 der Statuten allein eine Domizilerwählung enthalte. Anderer Ansicht war das Bundesgericht. Dasselbe erklärte die Urtheile als vollziehbar, indem es sich dahin aussprach: Durch den Concurs sei die Actiengesellschaft nicht aufgehoben worden[1]), sondern sie habe lediglich die Dispositionsbefugniss über ihr Vermögen verloren, welche auf die Concursbehörde resp. den Concursverwalter übergegangen sei (§ 443 C. de comm.). In seiner Eigenschaft als (directer oder indirecter) Stellvertreter des Gemeinschuldners sei derselbe berechtigt, die zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Forderungen, wozu diejenigen auf die ausstehenden Actienbeträge gehören, einzuziehen und könne er sich auch auf Art. 59 der Gesellschaftsstatuten berufen. Der Sinn dieser Statutenbestimmung sei der, dass Streitigkeiten über gesellschaftliche Ansprüche dem Gerichte am Sitze der Gesellschaft unterbreitet werden sollen; zu diesen Ansprüchen gehöre aber unzweifelhaft derjenige auf Einzahlung des gezeichneten Actienkapitals. Die erst im Executionsverfahren neu vorgebrachte Behauptung, dass die Beklagten bei der Actienzeichnung sich in einem wesentlichen Irrthum befunden haben, resp. durch Betrug zu derselben verleitet worden seien, erscheine — abgesehen von der Frage, ob diese Einwendung nicht überhaupt gegen die Gesellschaft ausgeschlossen sei[2]), — unerheblich. Irrthum und Betrug machen

---

[1]) Vgl. Lyon-Caen, Précis de droit commercial I. 558.

[2]) Siehe oben Nr. 2 bes. S. 12 f.

den Vertrag nach französ. und schweiz. Rechte nicht nichtig, sondern nur anfechtbar. Beklagte hätten daher entweder die Nullitätsklage erheben oder die Einrede des Betrugs oder Irrthums gegen die Erfüllungsklage (actio pro socio) am Domizile geltend machen sollen. Der blossen Behauptung der Beklagten, dass sie durch Irrthum oder Betrug zum Vertragsabschlusse verleitet worden und daher der Vertrag für sie nicht verbindlich sei, könne weder nach dem Staatsvertrage, noch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Wirkung zukommen, dass nun die Gesellschaft sie an ihrem Wohnorte belangen müsse[1]). Jedenfalls müsse der Beweis für die Richtigkeit der Behauptung sofort erbracht werden, was in casu nicht der Fall sei. (Entsch. vom 13. April 1889 i. S. Armement c. Bugnon u. Cons. a. S. d. b.-g. E. XV S. 223 ff.)

---

31. *Gerichtsstandsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Vorladungen und Urtheilseröffnung an Franzosen, welche sich in der Schweiz thatsächlich aufhalten, aber in Frankreich ihren Wohnsitz haben; ist dafür das französische Recht massgebend?*

Franzosen, welche sich zwar thatsächlich in der Schweiz aufhalten, jedoch ihr Domizil (noch) nicht in der Schweiz, sondern (noch) in Frankreich haben und dort belangt werden, können die Citationen nach Massgabe der für die Anlegung von Ladungen in Fällen, wo der zu Ladende nicht angetroffen wird, im französischen Prozessrechte vorgeschriebenen Formen zugestellt werden. Art. 20 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich findet in solchen Fällen keine Anwendung. Ebenso kann die Zustellung des Urtheils in den Formen des französischen Prozessrechtes (durch Anschlag an der Thüre des Sitzungssaales des urtheilenden Gerichtes und Zustellung an den Staatsanwalt beim betreffenden Civilgericht) erfolgen[2]). (Entsch. v. 13. Juli 1889 i. S. Ragon u. Cie.)

---

[1]) Siehe a. S. d. b.-g. E. VI. S. 6 ff.

[2]) Vgl. diese Revue V. Nr. 97.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

32. *Irrthum in der Subsumtion eines Rechtsverhältnisses unter das Gesetz Rechts- oder factischer Irrthum? Art. 19 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 12. Jan. 1890.

G. H. trat dem B. eine Gült auf X. ab; diese Gült gerieth im darauf folgenden Concurse des X. in Verlust, worauf B. den H. auf Rückerstattung der dafür bezahlten Summe belangte. H. glaubte sich zur Gewähr nicht verpflichtet. Aus den Beweisverhandlungen gieng hervor, dass G. H. jedenfalls die Intention hatte, die Gült ohne Nachwährschaft zu verkaufen, und der Meinung war, nach O. R. bestehe die Gewährspflicht des Abtreters von Gesetzes wegen nicht, dass dagegen B. über die Tragweite des O. R. in dieser Beziehung anderer Ansicht war. Das Gericht erklärte die Cession als ungültig.

Motive: Unter den Parteien hat beim Abtretungsgeschäfte in Bezug auf die Nachwährschaft eine Willenseinigung nicht bestanden, indem der eine Theil ohne Nachwährschaft abzutreten glaubte, während der andere mit Nachwährschaft des Abtreters erwerben wollte. Die Veranlassung dieses Zwiespalts ist ein Irrthum auf Seite des Abtreters über die Frage der Gewährspflicht von Gesetzes wegen gewesen. Man möchte nun freilich diesen Irrthum als einen Rechtsirrthum ansehen, auf welchen demnach die damit behaftete Partei sich nicht berufen kann. Allein nach richtiger Auffassung ist dem nicht so. Die Frage der Gewährspflicht des Gültabtreters von Gesetzes wegen, m. a. W. die Frage der Geltung des O. R. für die Gewährspflicht bei Abtretung von Gülten konnte im Momente der hier in Frage stehenden Abtretung füglich als eine bestrittene und zweifelhafte gelten. Und über die Frage hat sich G. H. im Irrthum befunden. Es handelt sich also nicht um die Unkenntniss des Gesetzes, sondern um einen Irrthum über die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes auf ein bestimmtes Rechtsverhältniss.[1]) Nach Auffassung der Doktrin und der hierortigen Praxis ist ein solcher Irrthum nicht als ein rechtlicher, sondern als ein faktischer zu behandeln.

Dieser faktische Irrthum hat aber hier ohne Weiteres als ein wesentlicher zu gelten, da er die für das Abtretungs-

[1]) Das ist aber doch im Grunde dasselbe: Irrthum über das was das Gesetz wirklich sagt und sagen will.

geschäft unzweifelhaft sehr wesentliche Modalität der Gewährspflicht für den Gegenstand der Abtretung betraf. Demnach erweist sich das in Rede stehende Abtretungsgeschäft als ein ungültiges wegen mangelnden Consenses der Parteien über eine wesentliche Modalität des Geschäftes, und ist das auf Grund derselben gestellte Begehren um Gewährleistung für die abgetretene Gült abzuweisen.

---

33. *Anwendbarkeit von Art. 50 O. R. oder des Brandversicherungsgesetzes bezüglich der Haftung für fahrlässig verursachten Brandschaden.* [1])

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts v. 10/11. April 1889.

Die Wittwe U. ist durch rechtskräftiges Urtheil wegen fahrlässiger Verursachung eines Brandes im Hause ihres Miethherrn zu einer Geldstrafe von Fr. 100 verurtheilt worden. Der Brandschaden belief sich auf Fr. 5750, hievon entfielen auf die Rückversicherungsanstalten Fr. 3318. 75; für eigene Rechnung verblieben der kantonalen Brandversicherungsanstalt zu bezahlen Fr. 2431. 25. Für diesen Betrag wird die Wittwe U. nun von der kantonalen Anstalt auf Ersatz belangt nach Art. 50, 51 O. R. Die Wittwe U. bestreitet jegliche Ersatzpflicht, gestützt auf Art. 78 des kantonalen Gesetzes von 1870. Dieser lautet: „Wer einen Brandschaden durch absichtliche Brandstiftung veranlasst hat, ist überhaupt schadenersatzpflichtig, im Besondern aber der Brandversicherungsanstalt für den Betrag der Vergütung, welche von ihr an wen immer geleistet werden musste."

Die kantonale Anstalt wendet hiegegen ein, durch das Obligationenrecht sei zwar das kantonale Versicherungsrecht nicht ausser Kraft gesetzt worden, aber der citirte Art. 78 enthalte nicht einen Grundsatz des Versicherungsrechtes; dieses regle nur die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Versicherungskontrahenten (Anstalt und Gebäudeeigenthümer); der Art. 78 enthalte vielmehr, soweit er Drittpersonen betreffe, eine Spezialanwendung der allgemeinen Grundsätze über die Haftbarkeit für unerlaubte Handlungen, welche allgemein verbindlich durch das Obligationenrecht geregelt worden seien. Als Mietherin stehe die Beklagte nicht in einem versicherungsvertraglichen Verhältniss zur kantonalen Anstalt, sondern unter dem gemeinen Recht.

---

[1]) Vgl. diese Revue, VI Nr. 74.

Das Kantonsgericht hat die Wittwe U. bei ihrer Zahlungsweigerung geschützt.

In Erwägung: Der Art. 50 O. R. hat für den Kanton St. Gallen kein neues Recht geschaffen. Die Ersatzpflicht für absichtlich oder fahrlässig zugefügte, widerrechtliche Schädigung an Sachen und Vermögen hat von jeher zu Recht bestanden. Aber dieser allgemein rechtliche Satz ist für Schädigungen an Gebäuden aus fahrlässiger Verursachung eines Brandes schon seit Gründung der kantonalen Brandversicherungsanstalt im Jahre 1807 ausser Kraft gesetzt worden durch die Spezialbestimmungen in den Gesetzen über das Brandversicherungswesen. Nach den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechtes würde — wenn sie auf den Versicherungsvertrag überhaupt anwendbar wären — der Versicherte, der in fahrlässiger Weise einen Brand verursacht hat, für den dabei erlittenen, selbstverschuldeten, eigenen Schaden den Versicherungsanspruch verlieren, ja es wäre sogar die Einbeziehung des grobfahrlässig selbstverschuldeten Schadens in die versicherte Gefahr unstatthaft (Art. 113, 114 O. R.). In Abweichung hievon bestimmt das kantonale Gesetz von 1870:

„Art. 74. Theilweise erlöscht die Entschädigungspflicht der „Brandversicherungsanstalt: a. Wenn der Gebäudeeigenthümer „den Brand durch eigene, oder aber durch etwelchermassen „ihm zur Last fallende Fahrlässigkeit der Seinigen, der „Hausgenossen oder Miethsleute veranlasst hat. Bei grober „Fahrlässigkeit des Hauseigenthümers, welche vom Straf„richter mit einer Freiheitsstrafe belegt wird, kann ein Ab„zug bis auf die Hälfte des Brandschadenbetrages gemacht „werden.“

Es ist aber nicht blos zu Gunsten der versicherten Gebäudeeigenthümer, sondern allgemein zu Gunsten Aller, welche in fahrlässiger Weise einen Brand verursachen und dadurch Schaden stiften, für welchen die kantonale Anstalt aufzukommen hat, die ihnen daraus zivilrechtlich erwachsende Haftbarkeit im Gesetz von 1870 (Art. 78) auch für grobfahrlässige Schädigungen ganz abgenommen und sind auch die letztern in diejenige Gefahr einbezogen worden, für welche die kantonale Anstalt ohne Regress auf den fehlbaren Verursacher des Brandes aufzukommen hat. Dieselben Gesichtspunkte, nicht zivilrechtlicher, sondern volkswirthschaftlicher Natur, welche dem Gebäudeversicherungszwange überhaupt zu Grunde liegen, und welche dazu geführt haben, dass der Gebäudeeigenthümer seinen Anspruch selbst bei grobfahrlässig

verschuldetem, eigenem Schaden höchstens zur Hälfte verwirken soll, und dass er dabei für denjenigen Schaden, den andere Gebäudeeigenthümer beim gleichen Brande auch erleiden, nicht aufzukommen habe, haben dazu geführt, die Haftbarkeit für fahrlässig verursachte Brandschädigung ganz allgemein zu Jedermanns Gunsten aufzuheben und zu Lasten der staatlichen Versicherungsanstalt zu übernehmen. Die Unberechenbarkeit der schweren Folgen, die aus einer an sich wenig schuldhaften Fahrlässigkeit entstehen können, die ruinöse Wirkung auf die ökonomische Existenz des Fehlbaren und seiner Familie und indirekt auf alle diejenigen, die mit ihm in Verkehr stehen, bedroht nicht blos die Gebäudeeigenthümer, sondern auch jeden Gebäudebewohner, kurz Jedermann.

Die Rechtsauffassung der kantonalen Anstalt, dass die vormals allgemeine Haftbefreiung für fahrlässige Brandschädigung seit dem Obligationenrecht nur noch dem Gebäudeeigenthümer zu statten komme, weil nur dieser in einem Versicherungsverhältniss zur kantonalen Anstalt stehe, müsste die Wohlthaten des Gebäudeversicherungszwanges auch für die Gebäudeeigenthümer illusorisch machen in denjenigen Fällen, in welchen der Brand nicht auf das eigene Gebäude beschränkt bleibt, sondern weiter um sich greift; denn ein Versicherungsvertragsverhältniss besteht auch für den Gebäudeeigenthümer nur hinsichtlich seines eigenen Gebäudes. Darnach würde dem fahrlässigen Hausbesitzer zwar für den selbstverschuldeten eigenen Schaden nach kantonalem Versicherungsrecht ein Vergütungsanspruch bis auf die Hälfte zustehen, dabei aber nach dem Obligationenrecht die volle Ersatzpflicht obliegen für alle jene Summen, welche die kantonale Anstalt seinen Nachbarn für ihre durch seine Schuld mitverbrannten Gebäude zu vergüten hätte!

An diesen Bestimmungen des kantonalen Gesetzes von 1870 (Art. 74, 78) ist daher durch das Obligationenrecht nichts geändert worden. Selbst wenn aber der Art. 78 des kantonalen Gesetzes für alle Nichtgebäudeeigenthümer durch Art. 50 O. R. ausser Kraft gesetzt sein sollte, so wäre noch fraglich, ob aus dem Art. 50 auch für die Versicherungsanstalt ein selbständiger Ersatzanspruch mit eigenem Klagerecht abgeleitet werden könne; denn eines Deliktes gegenüber der Anstalt hat sich der fahrlässige Verursacher des Brandes nach gemeinem Civilrecht nicht schuldig gemacht, — oder ob die Anstalt ein Klagerecht nicht vielmehr nur indirekt erwerben könnte; entweder im Wege der Cession des dem

Brandbeschädigten zustehenden Ersatzanspruches (siehe die Policen einzelner Feuerversicherungsgesellschaften), oder kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung über den Eintritt des Versicherers in die Rechte des Versicherten gegenüber dem Verursacher der Schädigung (siehe die einzelnen Spezialgesetze über die staatlichen Versicherungsanstalten).

Endlich kann es einer solchen Anstalt, die ihre juristische Persönlichkeit aus einem Spezialgesetz ableitet, sicher nicht zukommen, gestützt auf Aenderungen in der allgemeinen Civilgesetzgebung einen Theil der ihr durch ihr Gründungsgesetz in Abweichung vom Civilrecht ausdrücklich auferlegten und mit ihrer Zweckbestimmung so enge verbundenen Pflichten einseitig abzustreifen.

---

34. *Schadenersatz. Haftpflicht des Eigenthümers von Grund und Boden für Schaden, der dem Nachbar aus Vorrichtungen auf seinem Grundstück entsteht. Art. 50 oder Art. 67 O. R.?*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 22. Januar 1889 i. S. Pigueron u. Cons. c. Baselstadt u. R. Aichner.

Der Canton Baselstadt hatte in Verbindung mit der Birsigcorrection die Ueberwölbung des Birsigs zwischen Marktplatz und Fischmarkt und die Erstellung einer durch das Gewölbe getragenen Strasse (Marktgasse) unternommen. Die Ausführung der Gewölbe und aller hiezu erforderlichen Arbeiten wurde durch Vertrag vom Januar 1888 dem Baumeister R. Aichner Sohn übergeben. In der Nacht vom 3. auf den 4. Juni 1888 stürzten die gegen den Birsig gerichteten Hinterfaçaden der Häuser Stadthausgasse Nr. 10, 12, 14 und 16 infolge Weichens der Fundamentmauer theils in grösserm, theils in geringerm Umfange ein. Die Eigenthümer derselben erhoben nun Klage gegen den Staat sowohl als gegen R. Aichner und beantragten zunächst deren solidarische Haftbarerklärung für allen ihnen aus dem Einsturze erwachsenen Schaden im Allgemeinen, um nachher ihre Forderungen in gesondertem Verfahren geltend zu machen.

Sie begründen diese Verantwortlichkeit wie folgt:

Behufs Fundamentirung der neuen Gewölbesohlen musste das Birsigbett längs den klägerischen Liegenschaften bis 40 cm. unter die Stützmauern ausgegraben werden. Diese Ausgrabung wurde gleichzeitig auf der ganzen Länge der 4 klägerischen Häuser vorgenommen, und dadurch deren Fundamente freigelegt. Unternehmung wie Bauleitung glaubten, dass dies ohne Gefahr geschehen könne, da die Fundament-

mauern sehr fest aussahen, in Wirklichkeit bestanden sie aber nur aus Verblendsteinen. Beim Pigueron'schen Hause, wo die Auffüllung hinter der Mauer vom Ablauf einer Waschküche her durchfeuchtet war, wich die Mauer zuerst und die übrigen Häuser resp. Häusertheile stürzten nach.

Die staatliche Bauexpertencommission erklärt in ihrem Bericht vom 15. Juni 1888: „Der Einsturz wäre sicher nicht erfolgt, wenn die Aushebung der Kiesablagerung, anstatt gleichzeitig auf der ganzen Strecke, in kleinen Abschnitten stattgefunden hätte; und diese Art des Verfahrens war unzweifelhaft durch die Vorsicht geboten."

Zu ähnlichem Resultat gelangen die gerichtlichen Experten, welche in ihrem Gutachten vom 19. Juni 1888 sagen: „Unserer Ansicht nach hat man sich namentlich zu wenig Rechenschaft gegeben, ob sich das alte Birsigbett behufs Betonirung der neuen Sohle auf eine so grosse Länge bis unter das Niveau anstossender Façadenmauern ohne Gefahr ausgraben liesse. Hätte man diese Arbeit stückweise, in kleinen Abtheilungen, vorgenommen, zuerst Sondirungen gemacht, um die Fundamenttiefen zu erforschen etc., so wäre wohl kaum ein so grosses Stück der Façaden im gleichen Moment freigelegt worden, und dadurch die Gefahr des Einsturzes entschieden vermindert worden. Auch wäre man wahrscheinlich durch die ungenügende Tiefe und Stärke der Fundamente dahin geführt worden, Vorsichtsmassregeln, wie Abspriessungen etc. vorzunehmen, welche man gestützt auf die von aussen als solid anzusehenden Façadenmauern vollständig entbehren zu können glaubte."

Danach halten Kläger den Beweis für erbracht, dass durch die fehlerhafte Ausführung der im Birsigbett vorgenommenen Arbeiten der Einsturz verursacht worden sei. Für den hieraus erwachsenen Schaden sind der Staat und der Unternehmer nach ihrer Meinung verantwortlich und zwar

1. der Staat zunächst als Eigenthümer der Birsigallmend nach den Grundsätzen des Nachbarrechts (vgl. Urtheil des Bundesgerichts vom 13. Mai 1882 i. S. Suisse Occidentale c. Waadt A. S. VIII S. 379 f.), ferner als Eigenthümer des Werks der Birsigcorrection nach Art. 67 O. R., endlich nach Art. 50 ff. O. R. als Veranlasser des Schadens, sei es, weil er als Geschäftsherr nach Art. 62 und 64 Absatz 2 das Verschulden seiner Angestellten zu vertreten hat, sei es weil, wie im Fall Lorenz c. Baudepartement (Urtheil des Civilgerichts vom 1. Novbr. 1887) das Handeln seiner Organe als die Bethätigung seines eigenen Willens anzusehen ist;

2. der Unternehmer nach Art. 50 ff. O. R. wegen eigener Fahrlässigkeit.

Der Staat wendet ein, er hafte weder als Eigenthümer der Allmend — solcher sei er nicht — noch kraft Art. 67 O. R. — dieser bezieht sich nur auf vollendete, nicht auf in Ausführung begriffene Werke — noch als Veranlasser des Schadens aus eigenem Verschulden. Wenn ein Verschulden vorliege, so treffe das den Unternehmer oder schlimmsten Falls die vom Staate angestellten Beamten. Für deren Verschulden hafte der Staat weder als Geschäftsherr — solcher sei er nicht — noch auf Grund einer etwa durch kantonales Recht festgestellten Haftpflicht.

Der Unternehmer lehnt gleichfalls jede Verantwortlichkeit gegenüber den Klägern ab, da er mit den Klägern nichts zu schaffen habe und ein allfälliges Verschulden nicht gegen sie, sondern nur gegen seinen Auftraggeber, den Staat, zu vertreten habe.

Beide, sowohl Staat als Unternehmer, bestreiten übrigens in erster Linie das Vorhandensein eines Verschuldens, und schreiben den Unfall lediglich dem schlechten Zustand der betreffenden Häuser, insbesondere des Hauses Nr. 10 (Pigueron) zu; eventuell hält der Staat den Unternehmer für allein verantwortlich, da das Ergreifen der nöthigen Vorsichtsmassregeln dessen Sache gewesen sei, während der Unternehmer geltend macht, er habe unter Aufsicht der staatlichen Bauleitung und genau nach deren Instructionen gearbeitet. Der Mangel an gehöriger Vorsicht, wenn das Vorhandensein eines solchen angenommen werde, falle also dem Staate und dessen Beamten zur Last.

Den Experten ist mit Rücksicht auf die Einwendungen der Beklagten die Frage vorgelegt, ob und in welcher Weise der mangelhafte Zustand des Pigueron'schen Hauses zur Catastrophe beigetragen habe und ob nicht der Einsturz auch dann geschehen wäre, wenn man blos die kurze Strecke vor der Pigueron'schen Mauer freigelegt hätte. Sie beantworteten dies dahin: allerdings sei die Mauer von Pigueron der schwächste Punkt gewesen, welcher die Abgrabung und die Tieferlegung des Birsigbettes nicht ohne Schaden aushalten konnte; andrerseits aber hätten sich Risse bis in's Haus Nr. 18 gezeigt und es habe demnach auch dort die Ufermauer ihre Standfestigkeit verloren. Es wäre nicht unmöglich, dass der Einsturz auch erfolgt wäre, wenn man blos die Strecke vor den Häusern 10 (Pigueron) und 12 (Fritz) abgegraben hätte; aber mit Gewissheit lasse sich dies nicht entscheiden. Jeden-

falls sei die Gefahr eines Zusammensturzes bei einer längern Strecke entschieden grösser gewesen.

Das Civilgericht Baselstadt sprach durch Urtheil vom 22. Jan. 1889 principiell die Haftbarkeit des Staats für den (in besonderem Verfahren festzustellenden) Schaden aus, wies dagegen die Klage gegen Aichner ab.

Motive: Nach der übereinstimmenden Meinung der gerichtlichen Experten und der staatlichen Bauexpertencommission war der Einsturz eine Folge der Abgrabung des Birsigbettes; durch gehöriges Untersuchen der Mauern und Erstellung sichernder Stützvorrichtungen, sowie durch Beschränkung der Abgrabung auf kleine Strecken hätte der Einsturz trotz dem mangelhaften Zustande der Mauern können vermieden werden. Die Frage, ob die Vernachlässigung dieser Massregeln den Beklagten als Schuld anzurechnen sei, welche sie für den daraus den Klägern erwachsenen Schaden haftbar macht, hängt davon ab, in welchem Umfang sie die Pflicht hatten, das Interesse der Nachbarn bei Ausführung der auf dem Staatsboden vorgenommenen Arbeiten zu wahren; denn der Einsturz war nicht die Folge eines unberechtigten Uebergriffs in das Eigenthumsgebiet der Kläger, sondern er wurde direct herbeigeführt durch eine an und für sich durchaus berechtigte Arbeit auf dem Staatsboden, und es fragt sich desshalb, ob nicht der Satz Anwendung zu finden habe, dass wer eigenes Recht ausübt, Niemandem Unrecht thut.

Jedenfalls muss diese Erwägung den Beklagten Aichner gegenüber den Klägern befreien. Er als Unternehmer hatte nicht die Aufgabe, nachbarliche Interessen zu wahren, sondern musste nur dafür sorgen, dass seine Arbeiten an sich kunstgerecht ausgeführt waren und nicht über den ihm angewiesenen Baugrund hinausgriffen. Er würde haften, wenn ein von ihm errichtetes Gebäude wegen mangelhafter Anlage zusammengestürzt und dadurch die Nachbarn oder sonst irgendwen geschädigt hätte; er haftet aber nicht, wenn wie hier, infolge seiner Arbeit auf dem angewiesenen Baugrund die ungenügend fundirte Construction eines Nachbarn zusammenstürzt. Selbstverständlich bleibt davon unberührt diejenige Haftung, welche er vertraglich gegenüber dem Staate übernommen hat. Aus dieser aber können die Kläger keine Rechte für sich ableiten.

Anders steht es mit dem Staate. Zwar haftet dieser nicht nach § 67 O. R. Dieser Artikel hat offenbar Fälle im Auge, wo durch ein in Errichtung befindliches oder bereits errichtetes Werk auf fremdes Rechtsgebiet eine schädigende

Wirkung ausgeübt wird. Auch von einer Haftung aus Verschulden kann nur insofern die Rede sein, als für den Eigenthümer eines Grundstückes die Rechtspflicht besteht, bei Veränderungen, die er auf seinem Grundstück vornimmt, oder Bauten die er darauf errichtet, auf bereits vorhandene Einrichtungen der Nachbarn Rücksicht zu nehmen.

Eine solche Rechtspflicht muss aber für ein wesentlich städtisches Gemeinwesen, wie es der Canton Baselstadt ist, unbedingt behauptet werden, auch wenn sie das Gesetz nirgends ausdrücklich normirt. Wo zahlreiche Bauten auf beschränktem Raume bei einander stehen, da würde die Freiheit rücksichtsloser Ausnützung der Eigenthümer seitens eines Einzelnen zu unerträglichen Folgerungen führen. Jede Baute entspricht mehr oder weniger den Verhältnissen von Ort und Zeit ihrer Errichtung. Hiezu gehört auch die Gestalt des Nachbargrundstückes, wie sie im Augenblick der Errichtung war. Wenn nun der Nachbar diese Gestalt verändert, tiefe Ausgrabungen macht, bestehende Bauten niederreisst oder umbaut, so hat er darauf zu achten, ob nicht durch diese Veränderungen die Haltbarkeit der nachbarlichen Constructionen, welche auf den bisherigen Zustand basirt waren, beeinträchtigt wird, und wenn dies der Fall, so hat er die nöthigen Massregeln zu ergreifen, um einen Zusammensturz zu verhüten. Von jeher ist als selbstverständlich angesehen worden, dass derjenige, welcher sein zwischen andern Häusern stehendes Haus niederreissen will, die nachbarlichen Mauern zu stützen hat, wenn diese nicht auf sich selbst stehen könnten. Dies auch dann, wenn er den Umständen nach verlangen dürfte, dass der Nachbar in eigenen Kosten den veränderten Verhältnissen Rechnung trage und die unhaltbare Mauer durch eine andere ersetze. Ebenso kann kein Zweifel sein, dass wer einen tiefen Keller bauen will, der unter die Fundamente der Nachbarhäuser hinabreicht, auf diesen Umstand Rücksicht zu nehmen und dafür zu sorgen hat, dass nicht, indem er den Fundamenten den seitlichen Halt nimmt, diese und damit die darauf errichteten Bauten zusammenbrechen.

Analog verhält es sich im vorliegenden Fall. Seit unvordenklicher Zeit haben die klägerischen Häuser in ihrem bisherigen Zustand genügt. Der Veränderung, welche der Staat mit der Allmend vornahm, indem er das Birsigbett ausgraben liess, waren aber ihre Fundamente nicht gewachsen. Es war Aufgabe des Staates als Eigenthümer der Allmend, bevor er diese Veränderungen ausführen liess, ihren Einfluss

auf den Bestand der nachbarlichen Bauten zu prüfen und danach seine Vorkehrungen zu treffen. Aus der Unterlassung dieser Rechtspflicht haftet er, wie jeder Privateigenthümer. Denn wenn auch theoretisch sein Verfügungsrecht über die Allmend nicht als Eigenthum, sondern als Hoheitsrecht construirt wird, so ändert das an seiner Rechtspflicht nichts; diese folgt nicht aus dem Motiv der Verfügungsgewalt — ob Eigenthum, ob Staatshoheit — sondern aus der Thatsache der Verfügungsgewalt selbst.

Haftet aber der Staat als Eigenthümer der Allmend, so muss er in dieser Richtung das Thun und Lassen seiner Organe — seien es Angestellte oder Unternehmer — gegenüber den beschädigten Nachbarn vertreten, und es steht ihm nicht zu, die letztern direct an die fehlbaren Organe zu weisen.

Nach dem Gesagten ist der Klagschluss gegenüber dem Staat begründet. Nur müssen sich selbstverständlich die Kläger, soweit ihre Mauern nachweisbar schadhaft waren, den Mehrwerth der neuerrichteten Mauern anrechnen lassen, wie sie auch die Kosten derjenigen Veränderungen an sich zu tragen haben, welche sie auch ohne den Einsturz an ihren Häusern hätten vornehmen müssen.

---

35. *Werkvertrag. Ausservertragliche Haftung des Werkübernehmers für Fahrlässigkeit. Art. 50 ff. O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 1. Febr 1890 in S. Borsari & Cie gegen Stadt Zürich.

Die Stadt Zürich liess im Frühjahr 1888 ein ihrer Wasserversorgung zudienendes Reservoir erweitern bezw. in unmittelbarem Anschluss an dasselbe ein neues Reservoir erstellen und übergab die Erd- und Mauerarbeiten nach vorheriger Ausschreibung einem Bauunternehmer, der sich bis dahin regelmässig mit Cementarbeiten befasst hatte und nicht im Besitze besonderer Ingenieurkenntnisse war. Für das Werk war ein detaillirter Plan mit Bauvorschriften aufgestellt, die Stadt behielt sich das Recht der Bauaufsicht vor und übte dasselbe in der Folge durch ihren Ingenieur und einen weitern Angestellten aus. Als die Baute schon ziemlich weit vorgeschritten war, barst die anstossende Mauer des alten, gefüllten Reservoirs, und die hervorbrechende Wassermasse zerstörte die neuen Konstruktionen grossentheils. Ueber die Tragung des daherigen, ziemlich bedeutenden Schadens entstand zwischen den Parteien Streit, indem der Bauunter-

nehmer jede Verantwortlichkeit hiefür ablehnte. Im Prozesse wurde durch Expertise festgestellt, dass die Ursache der Katastrophe wesentlich darin lag, dass der Erdboden, welcher dem alten Reservoir bis dahin als natürliche Stütze gedient hatte, auf der Seite gegen die Neubaute hin zu rasch und bevor dieselbe durch andere Stützmittel ersetzt war, abgegraben wurde. Bei der Unterzeichnung des Vertrages hatte der Stadtingenieur in dieser Hinsicht einzelne Wünsche geäussert, der Bauunternehmer es indess abgelehnt, sich an bezügliche Vorschriften binden zu lassen. Auch während der Baute wurden vom städtischen Vertreter noch bezügliche Reklamationen gemacht, als dieselben nichts fruchteten, wurde aber nicht weiter darauf beharrt. Die erste Instanz hiess die Schadensersatzklage im ganzen Umfange gut, davon ausgehend, dass zu der vom Werknehmer übernommenen Leistung auch der richtige Anschluss des neuen Reservoirs an das alte gehört und es daher jenem obgelegen habe, alle Vorsichtsmassregeln gegen einen Einsturz zu treffen. Die zweite Instanz schützte dagegen die Klage nur bis zur Hälfte des Betrages und schied demnach den Schaden beiden Parteien zu gleichen Theilen zu, mit folgender Begründung:

Von entscheidender Bedeutung ist, ob der Schadensersatzanspruch sich auf Art. 110 resp. 111 O. R. oder aber auf Art. 50 ff. gründet. Hätte der Bauunternehmer Erstellung des ganzen Reservoirs d. h. sowol des bereits bestehenden als auch des neuen Anbaues übernommen, so würde er natürlich, da er dasselbe nicht fertig erstellt hat, gemäss Art. 111 allen aus dieser Nichterfüllung der Stadtverwaltung erwachsenen Schaden, also auch den in Folge des Bruches des alten Reservoirs entstandenen zu ersetzen haben, soweit er nicht zu beweisen vermöchte, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle. Allein der Werkvertrag erstreckt sich nur auf die Erstellung des neuen Anbaues, und die Pflicht des Werknehmers, diesen so zu erstellen, dass dadurch das alte Reservoir keinen Schaden leide, ist keine ihm durch den Vertrag überbundene, also keine „vertragliche“ Verpflichtung. Zwar konnte es als selbstverständlich gelten, dass das alte Reservoir beim Anbau des neuen nicht geschädigt werden dürfe, und es liegen auch einzelne Anhaltspunkte dafür vor, dass der Bauherr eine bezügliche Vertragspflicht des Werkübernehmers im Auge gehabt habe; allein es fehlt an einer klaren Willenseinigung der Parteien hierüber, so dass nicht angenommen werden kann, die Sicherung der bisherigen Baute bei der neuen sei Vertragsbestandtheil

geworden. Dessen ungeachtet blieb es aber für den Werknehmer doch allgemeine Menschenpflicht, bei der Abgrabung nicht auf eine Weise vorzugehen, welche eine Schädigung der anstossenden Wasserbaute zur Folge haben musste, gleichviel, ob das alte Reservoir einem Dritten gehörte, und ebensogut wie bezüglich alles andern nachbarlichen Eigenthums. An dieser rechtlichen Auffassung vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Zweck des neuen Anbaues nur der einer Vergrösserung des alten war; denn es war dessen ungeachtet rechtlich ein selbständiges Werk, so gut wie die dem Maurer, Schreiner, Steinhauer und Zimmermann separat verakkordirte Arbeit eines Wohnhauses jede für sich ein besonderes Werk bildet und wie u. a. auch in dem mit dem vorliegenden in mancher Hinsicht analogen Fall, wenn auf ein bereits bestehendes Haus ein neues Stockwerk aufgesetzt wird. Es ist auch in der That nicht einzusehen, warum z. B. im letztern Falle die Verpflichtung des Unternehmers, durch den Bau eines neuen Stockwerkes die darunter liegenden alten Stockwerke nicht zu schädigen, eine andere rechtliche Natur besitzen soll, wenn diese untern Stockwerke, was ja vorkommt, nicht dem Besteller, sondern einem Dritten gehören, oder warum ein Unterschied gegenüber der Verpflichtung bestehen soll, die Mauer des nachbarlichen Hauses, an welche man anbaut, und damit dieses nachbarliche Haus selbst, nicht zum Einsturze zu bringen. Zu weit gegangen wäre es allerdings, aus den Verhältnissen des konkreten Falles den Schluss zu ziehen, dass weil eine ganz besondere Sorgfalt bezüglich des alten Reservoirs zu beobachten war, die Beobachtung dieser Sorgfalt eine stillschweigende vertragliche Verpflichtung gebildet habe; denn solche sind überhaupt nicht so leicht anzunehmen, und es konnte ja die allgemein menschliche Verpflichtung, welche auch ohne Vertrag bestand, der Stadtverwaltung genügen. Es steht ausser Zweifel, dass der Werknehmer diese allgemein menschliche Verpflichtung, die Arbeit so auszuführen, dass dadurch das benachbarte alte Reservoir nicht geschädigt werde, nicht erfüllt hat; denn die erhobene Expertise spricht in dieser Beziehung deutlich genug; er ist daher dem Bauherrn schadensersatzpflichtig aus Art. 50 O. R.

Allein ebenso zweifellos ist auch seine eventuelle Einrede begründet, dass die Schadenersatzpflicht gemäss Art. 51 Abs. 2 zu ermässigen sei, weil auch dem Geschädigten ein Verschulden beigemessen werden müsse. Sobald man nämlich davon ausgeht, dass die Verpflichtung, welche der Werk-

nehmer verletzt hat, keine vertragliche, sondern eine allgemein menschliche war, so durfte sich der Bauherr, als er sah, dass dieselbe nicht erfüllt werde, nicht passiv verhalten; sondern er war verpflichtet, das in seiner Macht liegende zu thun, um den Schaden zu verhindern, und dies wäre ihm im vorliegenden Falle sehr leicht gewesen. Schon darin, dass er dies nicht gethan hat, liegt ein Verschulden, dessen Kausalzusammenhang mit dem Schaden ebenfalls zweifellos feststeht. Ein weiteres Verschulden des Bauherrn liegt darin, dass die allerdings schon natürliche Verpflichtung des Unternehmers zu besondern Vorsichtsmassregeln behufs Sicherung des alten Reservoirs nicht auch zu einer vertraglichen gemacht wurde; denn die volle Sachkunde in dieser Beziehung war doch in erster Linie bei der Stadtverwaltung und ihren Organen vorhanden und konnte von dieser beim Werknehmer, der sich als Unternehmer von Erdarbeiten und Zementbauten, nicht als Ingenieur qualifizirt, nicht in vollem Masse vermuthet werden. Zudem aber konnte sich die Stadtverwaltung wohl denken, dass, weil die nothwendige Sicherung des alten Reservoirs bedeutende Kosten verursache, dies auf die Höhe der Angebote einwirken werde, und dass, wenn sie in dieser Beziehung keine vertraglichen Vorschriften mache, der Unternehmer in Versuchung geführt werde, diese Kosten im Angebote nicht zu berücksichtigen und dann auch bei der Ausführung nicht vollkommen sachgemäss zu verfahren. Selbst ein Privatmann hätte unter solchen Verhältnissen die moralische Pflicht gehabt, den Unternehmern in dieser Beziehung eine vertragliche Verpflichtung zu überbinden, um so mehr eine öffentliche Behörde. Nach dem Gesagten ist der eingetretene Schaden nach O. R. Art. 51 nach richterlichem Ermessen auf die Parteien zu vertheilen, und in Anbetracht aller Verhältnisse erscheint die Repartition zu gleichen Theilen als gerechtfertigt.

---

36. *Action en dommages-intérêts. Préjudice causé par la publication d'un nom dans une liste de mauvais payeurs. Art. 50 et 55 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal civil du 30 mars 1889 dans la cause Hungerland c. Wildberger.

Wildberger a chargé la Société l'Union suisse pour la sauvegarde des crédits du recouvrement de sa créance contre Hungerland. Le gérant de la société adressa à H. deux lettres pour l'inviter à se libérer; dans la seconde, il l'avisa que

faute par lui de prendre un arrangement, son nom serait inscrit sur la liste mensuelle des mauvais payeurs, prévue par l'art. 19 des statuts de la société, et dont tous les sociétaires devaient avoir connaissance. Son nom fut, en effet, porté sur une liste hectographiée, ne portant aucun en-tête et adressée à la moitié des membres de l'association, soit à 200 personnes environ. H. a ouvert action à W. en payement de 201 fr. de dommages-intérêts pour le préjudice qu'il lui a causé en le faisant inscrire sur cette liste, et le Tribunal civil a déclaré fondée sa demande.

Motifs: Considérant que cette communication, bien que confidentielle, a reçu une réelle publicité;

Qu'elle a été faite, non dans le but de renseigner les 200 sociétaires de l'Union qui ont reçu la liste, sur la solvabilité du défendeur qu'ils ne connaissent probablement pas, mais de lui causer un dommage;

Que c'est justement la crainte de ce dommage que l'Union suisse a inscrite dans ses statuts comme son principal moyen d'action; que ce moyen est abusif, ainsi que l'a décidé le Tribunal de céans et la Cour d'appel après lui dans la cause Bardet et Cie,[1]) qu'il excède le droit incontestable qu'a cette société de renseigner chacun de ses membres pris individuellement et qui lui en fait la demande, sur la solvabilité de tel ou tel individu déterminé;

Qu'il ne suffit pas, ainsi que l'Union suisse paraît l'avoir fait depuis quelque temps, pour que son procédé abusif devienne légitime, que ses membres lui fassent, une fois pour toutes, une demande écrite et générale de renseignements sur tous les individus qu'elle est et sera chargée de poursuivre;

Attendu que, s'il est constant que l'auteur du dommage soit l'Union suisse, Wildberger n'en est pas moins responsable comme en ayant été l'instigateur; qu'étant membre de la société, il en connaissait les statuts et n'a pas ignoré, en chargeant l'Union suisse de poursuivre Hungerland, que le défaut de paiement entraînerait l'inscription de son débiteur sur la liste mensuelle prévue par l'art. 19;

Que, bien que le dommage soit surtout moral, la somme réclamée ne paraît pas exagérée.

---

[1]) S. diese Revue V Nr. 26.

37. *Dommages-intérêts.* ***Responsabilité du propriétaire d'un bâtiment vis-à-vis du locataire en cas de rupture d'une conduite d'eau. Art. 67 C. O.***

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 22 juin 1889 dans la cause Hilfiker c. hoirie Morel.

Dans la nuit du 15 au 16 septembre 1888, la conduite d'eau dans la maison Nr. 8 de la rue des Terreaux appartenant à l'hoirie Morel a éclaté dans les cabinets du premier étage; ceux-ci ont été inondés et l'eau s'est répandue par les plafonds du rez-de-chaussée dans le bureau et les magasins du locataire Hilfiker, où elle a causé des dégâts et endommagé des marchandises. Hilfiker a formé demande concluant à condamner l'hoirie M. à lui réparer le dommage apprécié par les experts. Cette demande a été fondée en droit sur les art. 50, 67 et 274 ss. C. O. La défenderesse a conclu à libération, estimant qu'aucune faute lui était imputable; subsidiairement, elle a réservé son recours contre la commune de Neuchâtel qui a succédé à la municipalité dans le service des eaux de la ville de N. — Le Tribunal cantonal a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme totale de 5000 fr., dont 3750 fr. pour avarie des marchandises et 1250 fr. à titre d'indemnité générale.

Motifs: Considérant qu'aucun acte de négligence ou d'imprudence ne peut être imputé à l'hoirie M., qui n'a pas procédé elle-même à l'installation de sa conduite d'eau, et qui n'a pas modifié par ses actes l'état de cette installation telle qu'elle l'a reçue des employés de la Société des Eaux;

Que l'art. 50 C. O. ne peut donc pas être appliqué à l'hoirie défenderesse;

Que par contre, il y a lieu à lui faire l'application de l'article 67 C. O. qui dispose que le propriétaire d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage est responsable du dommage causé par le défaut d'entretien ou par le vice de la construction, sauf dans ce dernier cas, son recours contre le constructeur;

Que la conduite d'eau dont la rupture a déterminé le dommage souffert par Hilfiker doit être envisagée comme un ouvrage au sens de cet article. (Voir Schneider et Fick, ad art. 67, note 2);

Que le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 27 novembre 1879 (*Feuille fédérale 1880*, volume I, page 151), explique que la responsabilité mise par l'art. 67 à la charge du propriétaire, même si aucune faute ne lui est imputable, résulte du seul effet de la loi, qui crée pour le

propriétaire, „sans qu'il existe un contrat ou une faute quel„conque, des obligations dont l'objet est la réparation d'un „dommage et qui sont soumises aux mêmes règles que les „obligations résultant d'un délit“;

Que la seule condition de cette responsabilité est l'existence du dommage comme conséquence de l'état défectueux d'une installation, et le propriétaire ne peut se libérer en invoquant la faute d'un tiers contre lequel il peut seulement exercer son recours (Tribunal fédéral, 6 novembre 1885, Wapp contre Entreprise de Werdenberg, Recueil officiel, volume XI, page 532);

Qu'il résulte de ce texte de loi et des circonstances de la cause que l'hoirie défenderesse est responsable envers Hilfiker, sauf son recours, cas échéant, contre la commune de Neuchâtel;

Considérant quant à l'indemnité réclamée, que les postes de .... indiqués dans la demande pour la moins-value de la marchandise doivent être maintenus;

Que Hilfiker réclamant en outre une somme de fr. 2000 à titre d'indemnité générale, il convient de lui allouer une indemnité de ce chef;

Que s'agissant de fixer le chiffre de cette indemnité dans cette cause où il n'y a de faute imputable à aucune des parties plaidantes et où l'hoirie défenderesse a subi aussi un dommage à la suite de la rupture de la conduite d'eau, il y a lieu à déterminer le chiffre de ces dommages indirects en prenant pour base les dépenses strictement occasionnées et la perte certaine éprouvée;

Que pour couvrir ces dépenses et cette perte une somme de fr. 1250 environ est suffisante.[1])

---

38. *Fristberechnung bei Eisenbahnretourbillets. Anwendbarkeit von Art. 88 O. R. oder Ausschliessung desselben durch die Eisenbahnreglemente?*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichtspräsidenten vom 25. Juni 1889 i. S. Stehlin c. schweiz. Centralbahn.

K. St. löste am 11. April 1889 in Bipp ein Eisenbahnbillet nach Basel mit Rückfahrt „gültig zwei Tage“. Am 13. April wollte er dasselbe zur Rückfahrt benutzen, wurde aber zur Nachzahlung von Fr. 4. 50 angehalten, weil die Gültigkeit des Billets mit dem 12. April abgelaufen sei. Er

---

[1]) Siehe dazu oben Nr. 19.

belangt nun die Centralbahn auf Rückzahlung von Fr. 4. 50, unter Berufung darauf, dass der Vermerk „gültig zwei Tage“ eine vertragsmässige Fristbestimmung sei, die unter Art. 88 O. R. falle. Darnach sei bei einer nach Tagen bestimmten Frist für Erfüllung einer Verbindlichkeit der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen worden, nicht mitzurechnen, und dieser Satz sei analog anzuwenden dann, wenn dem Gläubiger für die Einforderung einer Verbindlichkeit eine Frist gesetzt sei (Beispiel: Art. 834 O. R.). Die Beklagte wendet ein: Nach Art. 6 B.-Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen v. 20. März 1875 ist die Regelung aller auf den Personentransport bezüglichen Verhältnisse, soweit sie nicht durch das Gesetz selbst geordnet sind, dem Reglement vorbehalten; laut Art. 466 O. R. gelten für die Transportverträge der Eisenbahnen die besondern Gesetze. Nach Art. 35 f. B.-Ges. betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Dec. 1872 ist der Bundesrath befugt, die von den Bahnen aufgestellten Reglemente zu genehmigen. Die in diesen Reglementen aufgestellten Normen sind daher allgemein verbindlicher Natur. Hievon kommen vorliegend in Betracht § 9 Abs. 3 und 4 des Transportreglements und Publication vom 4. Dec. 1885: „Der Tag der Ausstellung des Billets ist als erster ganzer Tag in der Gültigkeitsdauer inbegriffen.“ — Der Kläger ist mit seiner Klage abgewiesen worden.

Motive: Es muss zunächst dem Kläger darin beigestimmt werden, dass die Vorschriften von Art. 88 O. R. nicht nur da Anwendung finden, wo die Erfüllung einer Verbindlichkeit innert bestimmter Frist zu geschehen hat, sondern analog auch da, wo dem Gläubiger für die Geltendmachung einer Forderung eine Frist gesetzt ist. Sofern also O. R. auf den vorliegenden Fall zur Anwendung kommt, ist Art. 88 für die Fristberechnung als massgebend zu erachten.

Nach Art. 466 O. R. gelten aber für die Frachtverträge der Eisenbahnen die besondern Gesetze. Nun regelt kein Gesetz die Berechnung der Gültigkeitsfrist von Eisenbahnbilleten, jedoch gestatten Art. 35 und 36 des Gesetzes über Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Decbr. 1872 den Bahnen, innerhalb der gesetzlichen Schranken mit Genehmigung des Bundesrathes noch weitere reglementarische Bestimmungen zu erlassen. Eine solche ist die Publication vom 4. December 1885, in welcher auf ganz unzweifelhafte Weise die Berechnung der Gültigkeitsdauer der mehrtägigen Billets im Sinne der Beklagten festgestellt wird. Das Reglement ist nun aber nicht Gesetz, sondern es ist die unter Controlle

des Bundesrathes geschehene Erklärung der Bahn über den Inhalt des Frachtvertrages, soweit dessen Regelung durch Gesetz dem freien Willen der Bahnen überlassen ist. Immerhin geht aus der Thatsache, dass das Gesetz den Bahnen die nähere Normirung des Frachtvertrages durch Reglemente ausdrücklich gestattet, soviel hervor, dass der Inhalt dieser Reglemente nach dem Willen des Gesetzgebers für alle diejenigen als Vertragsinhalt zu gelten hat, welche mit der Bahn in der allgemein üblichen vom Gesetz und Reglement vorgesehenen Weise contrahiren. Durch die Lösung des Billets, welches zwar wohl eine Vertragsurkunde, aber eine unvollständige, durch den Inhalt der Bahnreglemente zu ergänzende Vertragsurkunde ist, erklärt sich der Einlöser mit dem durch das Billet im Zusammenhang mit den vorschriftsgemäss erlassenen und publicirten Bahnreglementen normirten Inhalte des Frachtvertrages einverstanden.

Demnach handelt es sich im vorliegenden Fall um einen Vertrag, wo ein anderer Modus der Fristberechnung als der in Art. 88 O. R. vorgesehene, vereinbart ist.

Es fragt sich, ob diese Vereinbarung zulässig ist. Wenn die Beklagte geltend macht, es komme überhaupt für den Eisenbahnfrachtvertrag das Obligationenrecht nicht in Betracht, so kann dem nicht beigetreten werden. Allerdings gelten die besondern Eisenbahngesetze mit Ausschluss des O. R., soweit diese Gesetze die einschlägigen Vertragsverhältnisse regeln; wo es sich aber um Rechtssätze allgemeiner Natur handelt, welche für alle Vertragsverhältnisse gemeinsam gelten, muss, sofern die Specialgesetze über den Frachtvertrag Abweichungen nicht positiv aufstellen, die Geltung des O. R. unbedingt behauptet werden.

Demnach ist aus dem Obligationenrecht selbst zu entscheiden, ob die Vorschriften des Art. 88 zwingender Natur sind, und daher gegentheilige Abmachungen der Parteien ausschliessen. Im Civilrecht, welches im Allgemeinen dispositiver Natur ist, darf dies nur angenommen werden, wo unzweifelhaft feststeht, dass der Wille des Gesetzgebers dahin geht, einen von ihm aufgestellten Rechtssatz der Privatdisposition der Parteien zu entziehen. Eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne, wie sie sich an andern Orten (vergl. O. R. Art. 148, 210, 641 am Ende) findet, ist in Art. 88 nicht enthalten. Kläger schliesst vielmehr aus innern Gründen auf die zwingende Natur der in Nr. 1 von Art. 88 enthaltenen Gesetzesvorschrift. Allein die Gründe sind nicht durchschlagend. Es ist unrichtig, wenn Kläger behauptet,

der letzte Satz von Nr. 1, wonach eine auf 8 oder 15 Tage bestimmte Frist nicht als eine oder 2 Wochen, sondern als 8 volle und 15 volle Tage verstanden werden soll, werde illusorisch, wenn man entgegenstehende Vereinbarungen zulasse. Der Gesetzgeber beabsichtigt mit der erwähnten Vorschrift dem ungenauen Sprachgebrauch entgegenzuwirken, wonach im deutschen und französischen Sprachgebiet eine Woche als 8 Tage und im französischen zwei Wochen als 15 Tage bezeichnet werden. Allein dieser Zweck wird vollkommen erreicht, wenn die Vorschrift blos den Charakter einer gesetzlichen Vermuthung hat, wie sie z. B. in Art. 14 O. R. ausgesprochen ist. Sobald einmal das Gesetz die Vermuthung ausspricht, dass 8 Tage als volle 8 Tage zu rechnen sind, so wird der Richter nicht mehr aus dem bisherigen allgemeinen Sprachgebrauch ohne weiteres schliessen dürfen, dass in einem concreten Falle die Parteien unter 8 Tagen bloss eine Woche verstanden haben, vielmehr ist eher anzunehmen, dass die Parteien in Rechtsverhältnissen sich dem Sprachgebrauch des Gesetzes anbequemen wollen. Es verliert durch die gesetzliche Vermuthung der bisherige ungenaue Sprachgebrauch sofort seine Allgemeinheit und damit seinen Hauptwerth für die Interpretation des Parteiwillens. Wo aber aus andern Gründen unzweifelhaft festgestellt werden kann, dass im concreten Fall der Parteiwillen auf eine andere Berechnungsweise der Frist geht, da muss offenbar der Satz gelten, den der Gesetzgeber selbst in Art. 16 O. R. aufstellt, wonach bei Beurtheilung eines Vertrages nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise, sondern der wirkliche Willen der Parteien, massgebend ist. Gilt dies für die Fälle des letzten Absatzes von Nr. 1 des Art. 88, so ist vollends kein Zweifel, dass dies auch für den vorausgehenden Satz gelten muss, wonach der Tag, an welchem der Vertrag geschlossen wurde, gemeiniglich nicht mitzurechnen ist. Gelingt es eine gegentheilige Willensmeinung der Parteien nachzuweisen, so muss diese der gesetzlichen Vermuthung gegenüber vom Richter anerkannt werden.

Im vorliegenden Fall hat Kläger durch die Lösung des Fahrbilletes sich mit den auf den Personenfahrverkehr bezüglichen reglementarischen Bestimmungen der Bahn, welche ihm in Folge ihrer gesetzmässig erfolgten Publication alle bekannt sein konnten, einverstanden erklärt, und hat damit auch die vom Gesetz abweichende Fristberechnung genehmigt.[1]

---

[1]) Die Abweisung des Klägers ist wohl unzweifelhaft richtig, dagegen haben wir Bedenken gegen die Motivierung. Es ist doch sehr fraglich,

39. *Prescription. Le bordereau d'admission à la faillite du débiteur constitue une reconnaissance écrite ouvrant un nouveau délai de prescription. Art. 156 al 2 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 18 novembre 1889 dans la cause Berdoz c. Bolle.

Bolle a été déclaré en faillite, en 1879. Berdoz a produit au concours et, par bordereau du 26 décembre de la même année, a été admis pour la somme de 200 fr., montant du loyer d'une année échue. Par exploit du 29 mars 1889, Berdoz a fait citer Bolle devant le tribunal de la justice de paix en paiement de la somme de 200 fr. Bolle a excipé de la prescription édictée par l'art. 147, al. 1er, C. O. Berdoz a invoqué l'art. 156 C. O. qui dispose que si une reconnaissance de dette a été faite par acte authentique ou sous seing privé, le nouveau délai de prescription est toujours de 10 ans. Le juge de paix a admis l'exception de prescription, en donnant pour motif que le bordereau d'admission ne constituait pas l'acte de reconnaissance exigé par l'art. 156. La Cour de justice civile a réformé ce jugement et condamné Bolle au paiement de 200 fr.

Motifs: Considérant que la loi du 19 octobre 1861 sur les faillites et banqueroutes dessaisit le failli de l'administra-

---

ob die „zwei Tage“ des Eisenbahnbillets überhaupt als eine Frist im Sinne von Art. 88 O. R. anzusehen sind. Wenn einem Billet die Notiz aufgedrückt ist: „gültig für einen Tag“, so fällt es Niemanden ein zu glauben, er könne nach Lösung dieses Billets an der Casse wieder nach Hause gehen und es erst am folgenden Tage benutzen. Es gilt eben für den einen Tag, an welchem es gelöst ist. Dies darum, weil nach allgemeiner Uebung die Billete unmittelbar vor der Abfahrt und Behufs der Benutzung des bereit stehenden Zuges gelöst werden und dieser Tag der selbstverständliche Benutzungstag ist. Dann können auch die „zwei Tage“ nur so gezählt werden, dass der erste Tag der Tag der Lösung und der nothwendig damit verbundenen ersten Benutzung des Billets, der zweite der darauffolgende Tag ist. Wir hätten auch ohne alle Transportreglemente und Publicationen den Kläger abgewiesen, weil sich „aus der Natur des Vertrags“ (vgl. Art. 94) ergiebt, dass die Fristberechnung des Art. 88 nicht die Willensmeinung der Parteien sein konnte, resp. sein durfte. Man darf nämlich in Rechtssachen nicht nur nicht zu negligens, sondern auch nicht zu subtilis, d. h. zu spitzfindig und schlau sein. Man lese in den Pandekten, wie oft die römischen Juristen die subtilitas iuris, verborum legis durch das aequum et bonum aus dem Felde schlagen; oder l. 19 D ad exhib. 10, 4: Non oportere ius civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.

tion de ses biens et lui constitue à cet égard, comme représentant ou mandataire légal, le syndic de la faillite agissant sous la surveillance du juge commissaire;

Considérant que ces deux fonctionnaires ont signé le bordereau d'admission à la faillite pour la somme aujourd'hui réclamée par Berdoz;

Que le bordereau constitue une reconnaissance écrite, faite par celui qui était alors légalement autorisé à la faire, et satisfait ainsi aux conditions de l'art. 156, al. 2, pour ouvrir, dès sa date, un nouveau délai de 10 ans à la prescription;

Que le juge de paix a donc fait une fausse application des art. 154, Nr. 2 et 157, § 1er et violé les dispositions de l'art. 156, al. 2 C. O.

---

40. *Société. Apport des associés. Prétendue présomption légale. Art. 527 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 1er avril 1889 dans la cause Large c. Comte.

Une société ayant pour objet la conservation et l'exportation des beurres et fromages extra-fins, d'après un procédé imaginé par Comte, a existé entre les parties. Comte a apporté à la société son matériel d'exploitation et son achalandage, son procédé pour la conservation des beurres et fromages et son industrie et, d'autre part, Large a versé une somme de 2674 fr. 15. Aucun contrat n'a été passé. Le prétendu procédé de Comte n'ayant produit que la corruption des beurres et des fromages auxquels il a été appliqué, la société a été dissoute et Delaquis en a été nommé liquidateur. Ce dernier a dressé un compte de liquidation, dans lequel il a fait figurer au crédit de Large la somme qu'il avait versée, sans en porter aucune au crédit de Comte; par suite, Large se trouve créancier de Comte d'une somme de 1095 fr., qu'il lui réclame et qui représente la différence entre le capital qu'il a versé et la moitié des pertes qu'il doit supporter. Comte n'a pas admis cette manière de procéder, il invoque en sa faveur les art. 526, 527 et 530 C. O., notamment l'art. 527 aux termes duquel les apports des associés sont égaux, sauf convention contraire. Le tribunal de commerce a admis sa manière de voir ainsi que son interprétation de l'art. 527, et il a décidé que l'apport de Comte dans la société devait être considéré comme égal à celui de Large et qu'il devait être crédité d'une somme égale dans la liquida-

tion. Large a interjeté appel dudit jugement. La Cour de Justice civile l'a réformé en ce qu'elle a prononcé, que Comte doit être crédité de la valeur du matériel qu'il a apporté, et qui est devenu la propriété de la société; pour le surplus elle a confirmé le jugement dont est appel.

Motifs: Considérant que le texte de l'art. 527 C. O. est conçu ainsi: „Sauf convention contraire, les apports doivent être égaux, et de telle matière et importance que l'exige le but de la société“;

Que l'intimé et les premiers juges l'interprètent en ce sens que, s'il n'est fait aucune convention, les apports des associés doivent être considérés comme égaux, quelles qu'aient été en fait leur nature et leur valeur;

Considérant que si le texte français de l'art. 527 est susceptible d'être interprété dans ce sens, il n'en est pas de même des textes allemand et italien qui s'expriment ainsi: „Sauf convention contraire, les associés doivent faire des apports égaux“;

Que cette disposition limite le sens de l'art. 527 à l'obligation, pour les associés, de faire des apports égaux, mais n'établit aucune présomption légale de l'égalité des apports en l'absence de convention;

Qu'il suit de là que les premiers juges se sont trompés lorsqu'ils ont dit qu'aucune convention n'ayant été passée entre les parties, leurs apports devaient, aux termes de la loi, être considérés comme égaux;

Considérant, toutefois, qu'en l'absence de toute convention et de toutes circonstances de fait venant démontrer l'inégalité des apports des associés, leurs apports doivent être présumés égaux, conformément à l'intention présumée des parties; mais que, dans l'espèce, Comte avait apporté à la société, ainsi qu'il l'articule, un procédé pour la conservation des beurres et fromages, en admettant qu'il en eût un;

Que le reprenant par le fait de la dissolution de la société, il ne peut être crédité de sa valeur, car il reprendrait alors son apport sans supporter la moitié des pertes, comme l'exige l'art. 530 C. O.;

Qu'il ne peut donc être crédité que de la valeur de son apport effectif qui consiste dans la valeur de son matériel, mais qu'il en doit être crédité, — ce que le liquidateur a omis de faire;

Considérant que la Cour ne possède pas les éléments nécessaires pour apprécier la valeur de cet apport, et qu'il convient de renvoyer dans ce but les parties devant le liquidateur.

---

41. *Amortisation sog. unvollkommener Inhaberpapiere. Art. 849 O. R.*

Zürich. Beschluss des Obergerichts vom 21. Januar 1890 i. S. Geschwister Buchli.

Für eine Obligation, welche im Contexte zunächst einzelne Personen als Gläubiger bezeichnete, sodann aber des Nähern bestimmte, dass der Vorweiser der Urkunde als deren rechtmässiger Eigenthümer betrachtet werde, wurde der nachgesuchte Aufruf bewilligt, mit folgender Begründung: Trotz der Nennung bestimmter Personen als Creditoren, ist der im Schuldinstrument niedergelegte Wille dahin aufzufassen, dass als forderungsberechtigt lediglich der Präsentant der Urkunde, dieser aber unbedingt als solcher gelten solle. Denn die Schuldnerin hat sich nach dem Tenor der Obligation nicht bloss von der Pflicht zu einer weitern Legitimationsprüfung befreit, sondern es ist überdies anzunehmen, sie habe auch auf das Recht zu einer solchen von vornherein verzichtet. Für letzteres spricht die ganz allgemeine Ausdrucksweise, wornach der Vorweiser als rechtmässiger Eigenthümer „betrachtet wird," und sodann die Bestimmung, dass Mittheilungen über Aufkündung und Zinsveränderung durch Publication in den Anstaltsorganen zu erfolgen haben, was darauf hindeutet, dass der ursprünglichen Beziehung der Obligation zu den Personen, auf welche dieselbe zunächst ausgestellt wurde, für den Verfolg keinerlei weitere Bedeutung beigelegt, vielmehr die Creation eines Werthpapieres beabsichtigt war, welches in der freien Circulationsfähigkeit den vollkommenen Inhaberpapieren gleichstehen sollte und bei welchem daher auch in gleicher Weise die Möglichkeit des Erwerbes durch einen gutgläubigen Dritten zutrifft. Da nun das Institut der gerichtlichen Amortisation wesentlich den Schutz des redlichen Besitzers abhanden gekommener Werthtitel bezweckt, so ist anzunehmen, Art. 849 O. R., welcher die Amortisation allgemein für „Inhaberpapiere" festsetzt, die mit Couponsbogen versehen sind, oder die den Inhaber der Urkunde selbst zum Bezuge von wiederkehrenden Leistungen, wie z. B. Zinsen, berechtigen, — habe nicht die Meinung, dass sog. „unvollkommene Inhaberpapiere" von der Art des hier in Frage stehenden, — Namenpapiere mit der reinen, nicht facultativen, Inhaberclausel, der Amortisation nicht unterworfen seien. (Vergl. als argum. a contrario Urtheil des Bundesgerichts vom 21. Juni 1884 i. S. Hauert, Erwäg. 4, b.-g. Entsch. X 276 ff. oder Revue II Nr. 85, und hiezu Hafner, „Rechtsgutachten über die Rechtsnatur der

Appenzell Ausser Rhodenschen Zeddel u. s. w." S. 22, — ferner Bindschedler, die amortisirbaren Papiere nach dem Bundesgesetz über das Oblig. Recht S. 69, 70 u. 93.)

---

42. *Markenschutz. Schutzlosigkeit öffentlicher Wappen auch fremder, mit der Schweiz vergegenrechteter Staaten. B.-Ges. betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken v. 19. Dec. 1879, Art. 4 Abs. 3. Uebereinkunft mit Oesterreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken v. 22. Juni 1885 (S. d. B.-Ges. N. F. IX 29).*

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 12. Januar 1889.

J. P. W. und L. M. W. waren früher Gesellschafter, als Inhaber der gemeinsamen Firma J. P. W. in R., Canton St. Gallen. Durch Vertrag vom 22. Februar 1888 hat J. P. W. das Geschäft mit Activen und Passiven auf alleinige Rechnung übernommen und dem L. M. W. nebst dessen Geschäftsantheil eine Auslösungssumme von Fr. 22,000 ausbezahlt. Die Firma J. P. W. hatte seit Jahren von der Firma X. in Wien ihren Bedarf an Butter, Speisefett und Eiern bezogen, und sich beim Weiterverkauf dieser Artikel zur Bezeichnung der Gebinde und Kisten mit Bewilligung der Wienerfirma X. der von dieser letztern stets gebrauchten Handelsmarke bedient, in deren Mitte die ungarische Krone abgebildet ist, mit den Worten umgeben (oben): Extraprima, (unten): Kunstbutter, (zu beiden Seiten): Schutzmarke. Nachdem L. M. W. das gemeinsame Geschäft an J. P. W. verkauft hatte, liess er diese Handelsmarke auf seinen Namen ins schweizerische Markenregister eintragen sub Nr. 2233 laut Handelsamtsblatt von 1888, Nr. 44, und auf diese Eintragung gestützt liess er dem J. P. W. den ferneren Gebrauch dieser Marke durch Rechtsbot verbieten.

Dadurch sah sich J. P. W. als Uebernehmer der früher gemeinsamen Firma gegen L. M. W. zur Klage genöthigt, die von letzterem erwirkte Eintragung der fraglichen Marke sei im Register zu löschen, wogegen L. M. W. die Abweisung dieses Begehrens verlangte.

Kläger J. P. W. begründet seine Klage aus zwei Gesichtspunkten:

1. Die angefochtene Marke enthalte ein öffentliches Wappen und sei daher nach dem citirten Artikel 4, letzter Absatz, überhaupt nicht schutzberechtigt; der Einwand, dass diese Bestimmung nicht auf ausländische Wappen ausgedehnt werden könne, sei nicht haltbar; denn im Art. 4 werde eine solche Unterscheidung nicht gemacht. Auch die vom Beklagten L.

M. W. angezogenen deutschen Gerichtssprüche können eine analoge Anwendung auf diesen Rechtsstreit nicht finden, da Deutschland die Marke eines Ausländers überhaupt nur dann schütze, wenn dieselbe in dem Heimatlande des Markeninhabers selbst als schutzberechtigt ausgewiesen sei.

2. Sofern aber die Marke, weil nicht ein inländisches Wappen enthaltend, wirklich geschützt werden könnte, so hätte der Kläger nähere Rechte auf dieselbe als der Beklagte, welche nähern Rechte durch die blosse Thatsache der Eintragung seitens des Beklagten nicht geschmälert werden könnten. Kläger habe nämlich mit den Activen und Passiven und dem Namen der Firma J. P. W. auch das Alleinverkaufsrecht unter der jetzt streitigen Marke vertraglich übernommen, dieses Recht habe auch ein Activum der Firma gebildet und sei mit allen anderen Activen auf den Kläger übergegangen. Ueberdies habe der eigentliche Inhaber der Marke, X. in Wien, dem Kläger die Führung der Marke ausdrücklich gestattet.

Dem gegenüber sucht der Beklagte L. M. W. sein Begehren um Abweisung der Klage zu begründen wie folgt:

Er habe für die streitige Marke als erster Hinterleger nach gesetzlicher Anmeldung und Prüfung die Eintragung erwirkt und auch erwirken können, da sich der Art. 4 Abs. 3 nur auf inländische Wappen beziehe. Nach Art. 5 Schlusssatz im citirten Bundesgesetz gelte bis zum Beweis des Gegentheils der erste Hinterleger auch als der wahre Berechtigte. Der Kläger habe den Nachweis besseren Rechtes auf diese Marke nicht erbracht; denn der blosse Gebrauch einer Marke gebe noch kein Anrecht auf dieselbe. Kläger habe auch von X. in Wien keine nähern Rechte auf diese Marke erwerben können. X. hat diese Marke in der Schweiz nie schützen lassen, hatte also selbst keine nähern Rechte auf die Marke und konnte daher auch keine nähern Rechte an Kläger übertragen. Kläger habe gegenüber dem Beklagten aber auch kein vertragliches Recht auf die Marke erworben, indem der Kläger sich im Vertrag vom 22. Februar 1888 über Auflösung und Uebernahme der Firma das Vorrecht auf die Marke nicht ausbedungen hat; auch habe die Marke ein Activum der Firma nicht gebildet, da sie von dieser Firma nie eingetragen worden sei. Der Kläger sei überhaupt zur Klage gar nicht legitimirt, da er auf die streitige Marke weder durch einen Eintrag ins Markenregister, noch durch den Geschäftsübernahmsvertrag, noch durch die Zustimmung der Wienerfirma X., noch sonstwie irgendwelche Rechte für sich selbst erworben habe.

Das Cantonsgericht hat die Klage geschützt.

In Erwägung: Kläger verlangt, die Marke sei zu löschen, damit nicht der Beklagte dieselbe als erster Hinterleger für sich allein und ausschliesslich beanspruchen könne. Der Kläger verlangt keineswegs, dass er selbst zum Gebrauch der Marke alleinberechtigt erklärt werde. Nur eventuell, falls diese Marke überhaupt rechtlichen Schutz

finden und im Markenregister eingetragen bleiben könnte, beansprucht der Kläger, dass dann ihm, dem Kläger, kraft vertraglicher Vereinbarung mit dem Beklagten das bessere und nähere Recht auf die Marke zustehe, als dem Beklagten. In erster Linie ist das Begehren des Klägers dagegen nur darauf gerichtet, dass mit und neben dem Beklagten, welchem der Gebrauch der Marke nicht bestritten wird, auch ihm, dem Kläger, so gut wie auch jedem Dritten der Gebrauch dieser Marke zustehen solle, und nur damit dem Beklagten nicht der ausschliessliche Alleingebrauch zukomme, verlangt der Kläger die Löschung der Marke im Register.

Nun berichtet die schweizerische Gesandtschaft in Wien, dass die fragliche Marke wirklich als öffentliches Wappen und zwar als Wappen der ungarischen Krone angesehen werde, und dass dieselbe daher in Oesterreich nach Art. 3 des Markenschutzgesetzes und in Ungarn nach Art. XVIII des Gesetzes von 1883 den amtlichen Schutz nicht beanspruchen könne.

Eine Einschränkung der Bestimmung im Art. 4 Schlusssatz im Bundesgesetz auf inländische Wappen ist nirgends ausgesprochen, und es erscheint auch gerechtfertigt, in dieser Hinsicht die öffentlichen Wappen solcher Staaten, welche mit der Schweiz vergegenrechtet sind, den inländischen Wappen gleich zu stellen, im gegebenen Falle um so mehr, als bewiesen vorliegt, dass die fragliche ungarische Krone, welche den Hauptbestandtheil der Marke bildet, in Oesterreich und Ungarn den amtlichen Schutz ebenfalls nicht beanspruchen kann.

---

43. *Action en divorce. Preuve de l'adultère admissible même les six mois de l'art. 46 lit. a écoulés, au regard de l'art 47 de la loi féd. sur l'état civil et le mariage.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 15 janvier 1890 dans la cause dame Pellaux c. Pellaux.

Marie Pellaux a, dans sa demande du 9 octobre 1889, conclu à ce que le mariage contracté entre elle et Constant P., soit déclaré dissout par le divorce par la faute du défendeur, pour les causes prévues à l'art. 46 lit. a de la loi fédérale et subsidiairement par l'art. 47. Elle veut prouver que, au mois de mai 1885, le défendeur fut surpris en flagrant délit d'adultère au domicile conjugal. Le juge de première instance n'a pas admis cette preuve par le motif qu'en vertu de l'art. 46 lit. a dame P. ne saurait se fonder sur les faits d'adultère de son mari, puisqu'il s'est écoulé plus de six mois de-

puis le moment où elle en a eu connaissance. Le recours de la demanderesse a été admis par le Tribunal cantonal.

Motifs: Attendu que la recourante déclare que ce fait n'est allégué qu'à l'appui de la partie de la conclusion qui tend à l'application de l'art. 47 de la loi fédérale;

Que dame P. est fondée à établir par tous les moyens de preuve autorisés par la loi que le lien conjugal est profondément atteint;

Que notamment le fait d'adultère, s'il venait à être établi, pourrait contribuer pour une bonne part à démontrer le relâchement du lien conjugal;

Que dans ces circonstances, la preuve entreprise doit être considérée comme pertinente en la cause et ne saurait pas être écartée. [1])

---

[1]) Wir würden doch dem erstinstanzlichen Urtheil den Vorzug geben. Die Frist des Art. 46 lit. a beruht auf dem Gedanken, dass Ehebruch dem gekränkten Ehegatten nur die Wahl lassen kann zwischen sofortiger Scheidungsklage oder völliger Verzeihung. Es hiesse mit dem Verbrechen spielen und dessen Schwere und Ernst verwischen, wenn man dem beleidigten Ehegatten gestatten wollte, den andern beständig unter der Drohung der Ehebruchsklage zu halten; jedermann fühlt, wie demoralisierend das für den gekränkten Ehegatten selbst und für das eheliche Leben wirken müsste. Ein Hervorziehen verjährten Ehebruchs zum Beweise, dass das eheliche Verhältniss tief zerrüttet sei, beweist eine sittliche Zerrüttung des Beweisanbietenden, die das Gericht nicht honorieren darf.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

44. *Art. 27 Ziff. 4 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Bestimmung der sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichtes; für die Werthsberechnung massgebender Zeitpunkt.*

Für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage, d. h. der Einreichung der Klageschrift beim Bundesgericht, massgebend. Für die Zuständigkeit des Bundesgerichtes ist es somit ohne Bedeutung, ob der Beklagte den erhobenen Anspruch in der Klagebeantwortung theilweise einräumt und dadurch der Werth des Streitgegenstandes unter die Summe von 3000 Fr. herabsinkt. (Entsch. vom 21. Februar 1890 i. S. Ryhiner c. Waadt.)

---

45. *Art. 29 u. 30 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Art. 50 O. R. 1) Kantonalrechtliche Frage als Präjudizialpunkt eines bundesrechtlichen Anspruchs; 2) Inwiefern verpflichtet auch eine Unterlassungshandlung zum Schadenersatz? 3) Unzulässigkeit neuer thatsächlicher Vorbringen und Beweismittel vor Bundesgericht. Verfahren, wenn beim kantonalen Gericht Revision des kantonalen Urtheils verlangt ist. 4) Zur Lehre von der Beweislast bei Schadensersatzklagen aus unerlaubten Handlungen.*

1) Das Bundesgericht ist zur Entscheidung über einen bundesrechtlichen Anspruch[1]) auch dann kompetent, wenn für denselben Rechtsverhältnisse des kantonalen Rechts präjudiziell sind. Nur muss es in solchen Fällen mit Bezug auf den vom kantonalen Rechte beherrschten Präjudizialpunkt seinem Urtheile die Entscheidung des kantonalen Gerichtes ohne weiteres zu Grunde legen und ist zu eigener Ueberprüfung derselben ebensowenig befugt, als es die thatsächlichen

---

[1]) In casu handelte es sich um eine auf Art. 50 O. R. gestützte Schadensersatzforderung, welche damit begründet wurde, dass Beklagter der ihm kantonalgesetzlich obliegenden Wuhrpflicht nicht genügt und dadurch eine Ueberschwemmung des klägerischen Landes verursacht habe.

Feststellungen der kantonalen Gerichte nachzuprüfen berechtigt ist. Es kann daher allerdings in derartigen Fällen je nach Lage der Sache die Beschwerde an das Bundesgericht als sachlich von vornherein aussichtslos erscheinen; die Kompetenz des Bundesgerichtes dagegen ist gegeben. Dass das Bundesgericht auch kantonalrechtliche Fragen zu untersuchen habe, wenn dieselben nicht selbständig, sondern nur als Präjudizialpunkte eines (bundesrechtlichen) Schadenersatzanspruches in Betracht kommen, ist nicht richtig. Die Aufgabe des Bundesgerichtes ist gemäss Art. 29 O. G. auf die Wahrung der richtigen Anwendung des eidgenössischen Privatrechts beschränkt, und das Bundesgericht ist also nur insoweit zu selbständiger richterlicher Würdigung der in einem Rechtsstreite in Frage kommenden Rechtsverhältnisse befugt, als über dieselben nach eidgenössischem Rechte zu urtheilen ist. Der Umstand, dass ein Rechtsverhältniss kantonalen Rechtes für einen bundesrechtlichen Anspruch präjudiziell ist, ändert hieran nichts[1]; allerdings hat über letztern das Bundesgericht zu entscheiden, allein eben auf Grund der massgebenden kantonalrechtlichen wie thatsächlichen Feststellungen des kantonalen Gerichts.

2) Nach Art. 50 O. R. verpflichtet nicht nur eine Begehungs-, sondern auch eine Unterlassungshandlung, sofern sie objektiv rechtswidrig und schuldhaft ist, zum Schadenersatze. Das Gesetz stellt ganz allgemein den Grundsatz auf, dass wer einem andern mit Absicht oder aus Fahrlässigkeit widerrechtlich Schaden zufügt, zum Schadenersatze verpflichtet werde; einen Unterschied zwischen Begehungs- und Unterlassungshandlungen macht das Gesetz nicht und es folgt eine solche auch nicht etwa als selbstverständlich aus der Natur der Sache. Eine Rechtspflicht, im Interesse Anderer positiv thätig zu werden, besteht ausserhalb von Vertragsverhältnissen im allgemeinen allerdings nicht; eine blosse Unterlassung, auch wenn dieselbe eine Beschädigung Dritter zur Folge hat, erscheint daher der Regel nach nicht als objektiv rechtswidrig und verpflichtet daher nicht zum Schadenersatze. Anders ist dies aber dann, wenn die Unterlassung gegen ein besonderes Gebot der Rechtsordnung verstösst, durch welches Jemandem ein Thun im Interesse Anderer auferlegt wird. In diesem Falle erscheint eine Unterlassung ohne weiters als objektiv rechtswidrig und verpflichtet, sofern sie eine schuldhafte ist, nach Art. 50 ff. O. R. zum Schadenersatze.

---

[1]) Diese Revue VII. Nr. 26. A. S. d. b.-g. Entsch. XIV. 651.

3) Die Frage, inwiefern vor dem Bundesgerichte als Oberinstanz in Civilsachen neue thatsächliche Vorbringen und Beweismittel zulässig seien und von demselben eine Aktenvervollständigung könne angeordnet werden, ist in Art. 30 O. G. erschöpfend normirt; Art. 173 Ziff. 1 d. eidg. C. P. O. kommt weder direct noch analog zur Anwendung. Nach Art. 30 cit. sind neue thatsächliche Vorbringen und Beweismittel in der bundesgerichtlichen Instanz schlechthin ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben bereits vor den kantonalen Instanzen hätten geltend gemacht werden können oder erst später neu entdeckt wurden (vrgl. Entsch. i. S. Attenhofer c. Krüger, A. S. d. b.-g. E. XIV 91 Erw. 2). Dagegen wäre, wenn ein Aktenvervollständigungsbegehren auf einen für die Entscheidung des Bundesgerichtes präjudiziellen Punkt sich bezöge und dem kantonalen Gerichte bereits ein Revisionsgesuch eingereicht worden ist, die Entscheidung des Bundesgerichtes auszusetzen und das kantonale Gericht zu beauftragen, vorerst über das Revisionsgesuch definitiv zu entscheiden. Da neue Beweismittel in der bundesgerichtlichen Instanz schlechthin ausgeschlossen sind, so ist das dem kantonalen Gerichte eingereichte Revisionsgesuch das einzige Rechtsmittel, wodurch angeblich neu entdeckte Beweismittel geltend gemacht werden können. Ist nun auch nach dem kantonalen Prozessrechte das Rechtsmittel der Revision nur gegen rechtskräftige Urtheile statthaft und also gegen Urtheile, welche an das Bundesgericht weiter gezogen werden, während des Schwebens der Beschwerde, an sich, in Ermangelung einer bundesgerichtlichen Verfügung, unzulässig, so liegt es doch in der Natur der Sache, dass das Bundesgericht seinerseits befugt ist, in einem Rechtsstreite, in welchem das, nach dem Gesetze die Grundlage seiner eigenen Entscheidung bildende kantonale Urtheil bereits durch ein — wenn auch ausserordentliches — kantonales Rechtsmittel in einem der Entscheidung präjudiziellen Punkte in Frage gestellt ist, sein Urtheil zu verschieben und die kantonale Instanz zu beauftragen, vorerst über das betreffende kantonale Rechtsmittel zu entscheiden. Freilich besteht eine ausdrückliche, das Bundesgericht hiezu ermächtigende Gesetzesvorschrift nicht; allein es darf doch nichtsdestoweniger angenommen werden, dass das Bundesgericht nicht verpflichtet ist, zur Beurtheilung einer Sache zu schreiten, wenn die Gestaltung des Prozessstoffes, auf welchen hin das Urtheil ergehen soll, durch ein Revisionsbegehren angefochten ist, und also in Aussicht steht, dass dem zu

erlassenden Urtheile nachträglich die Grundlage könnte entzogen werden.

4. Liegt Jemandem gesetzlich die Pflicht ob, zum Schutze Dritter gegen bestimmte Schädigungen gewisse Vorsichtsmassregeln zu treffen, und tritt nun bei Unterlassung dieser Vorsichtsmassregeln eine Schädigung derjenigen Art ein, wie sie durch die gedachten Vorsichtsmassregeln abgewendet werden sollte, so hat der Beschädigte seiner Beweispflicht rücksichtlich des Causalzusammenhanges Genüge geleistet, wenn er einerseits den Eintritt der Schädigung und andrerseits die Vernachlässigung der gesetzlich zu deren Verhütung vorgeschriebenen Vorsichtsmassregeln nachweist. Einen besondern Nachweis dafür, dass die gesetzlichen Vorsichtsmassregeln auch thatsächlich ausgereicht, d. h. wenn getroffen, den Eintritt des Schadens abgewendet hätten, braucht er nicht zu erbringen; dies ist ohne weiters vorauszusetzen, und wenn der Beklagte es bestreitet und demgemäss behauptet, die ihm zur Last fallende Unterlassung habe auf den Eintritt des Schadens keinen Einfluss ausgeübt, so liegt ihm der Beweis hiefür ob, und hat er nachzuweisen, dass der Causalzusammenhang zwischen seiner Unterlassungshandlung (welche an sich geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeizuführen) und dem wirklichen Eintritte des Schadens abgebrochen sei. (Entsch. v. 7. März 1890 i. S. Stadelmann c. Koch.)

---

46. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts. Berechnung des Streitwerthes bei blosser Bestreitung der Fälligkeit des eingeklagten Anspruchs durch den Beklagten.*

B. forderte aus Kauf von Th. Fr. 4290. 30 nebst Zins vom Tage der Klage an, mit Inbegriff von Fr. 823. — Transport- und Lagerkosten. Th. gab zu, dass er verpflichtet sei, den Kaufvertrag zu erfüllen, allein während B. aus dem Vertrage einen präsenten, bereits fällig gewordenen Anspruch auf sofortige Bezahlung des Kaufpreises ableitete, räumte Th. nur ein, dass er 6 Monate nach der noch nicht erfolgten Ablieferung der Waare resp. nach der Rechtskraft des Urtheils den Kaufpreis — mit Ausschluss der Fracht- und Lagerspesen — insofern und insoweit zu bezahlen habe, als die Waare sich bei vorgenommener Prüfung als empfangbar herausstelle. Th. bestritt die Competenz des B.-Gerichts, da der Streitwerth nicht Fr. 3000. — betrage, vielmehr von Anfang an

nur Fracht- und Lagerspesen streitig gewesen seien. Darauf erwiderte das B.-Gericht: Im Streite liegt nicht nur die Verpflichtung zum Ersatze der Fracht- und Lagerspesen, sondern auch der eingeklagte Kaufpreisanspruch; nicht nur erstere, sondern auch letzterer bildet den Streitgegenstand. Denn eine Forderung ist nicht nur dann eine bestrittene, wenn der Beklagte behauptet, überhaupt nichts zu schulden, sondern auch dann, wenn er geltend macht, er sei bloss bedingt oder betagt verpflichtet; auch in diesem Falle bestreitet der Beklagte den eingeklagten Anspruch als einen präsenten seinem ganzen Umfange nach. Danach ist denn hier der gesetzliche Streitwerth gegeben. (Entsch. v. 8. Februar 1890 i. S. Barkhausen & Cie. c. Thierry.)

---

47. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes. Präjudizialverhältniss zwischen Vor- und Widerklage; Bedeutung für die Zulässigkeit des Rechtsmittels mit Bezug auf den Streitwerth.*

Besteht zwischen Vor- und Widerklage ein Präjudizialverhältniss, so erstreckt sich die Competenz des Bundesgerichts auf beide, auf Vor- und Widerklage, sofern auch nur eine derselben den gesetzlichen Streitwerth erreicht, indem sonst die Möglichkeit unlöslicher Widersprüche der Entscheidung geschaffen würde. [1]) (Entsch. v. 11. April 1890 i. S. Vogel c. Brunner.)

---

48. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes. Nachweis des Streitwerthes, durch welchen das Rechtsmittel bedingt ist, bei Schadensersatzprozessen.*

Im Schadensersatzprozesse liegt dem Kläger, wenn er sich die Beschwerde an das Bundesgericht wahren will, ob, seine Forderung vor der kantonalen Instanz genau zu beziffern oder doch wenigstens über den Werth des Streitgegenstandes solche Angaben zu machen, dass daraus auf das Vorhandensein des gesetzlichen Streitwerthes geschlossen werden kann. (Vergl. Entsch. i. S. Ammann c. Müntener, a. S. d. b.-g. E. XII. 674 Erw. 2.) [2]) Da es hieran, wie gesagt, im vorliegenden Falle

[1]) Vgl. Revue VI. Nr. 61 S. 89 f. Kohler, Prozess als Rechtsverhältniss S. 108 Note.

[2]) Diese Revue V. Nr. 50 S. 73.

durchaus mangelt, so ist auf die Beschwerde wegen mangelnder Competenz nicht einzutreten. (Entsch. v. 15. März 1890 i. S. Jmdorf c. Frutiger & Cie.)

---

49. *Art. 30 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts. Beginn der Rechtsmittelfrist.*

Nach Art. 30 Abs. 1 O. G. läuft die Frist für Weiterziehung kantonaler Civilurtheile an das Bundesgericht „von der Mittheilung des angefochtenen Urtheils" an. Die Form der Mittheilung kantonaler Urtheile an die Parteien nun regelt sich nach kantonalem Rechte. [1]) Das kantonale Recht bestimmt, ob diese Mittheilung durch mündliche Verkündung oder aber durch Zustellung einer schriftlichen Urtheilsausfertigung sich vollziehe oder ob etwa zur Vollendung der Mittheilung neben der mündlichen Eröffnung noch eine schriftliche Zufertigung des Urtheils gehöre u. s. w. [2]) (Entsch. v. 31. Januar 1890 i. S. Bühler c. Bovet.)

---

50. *Art. 30 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts. Steht dem Bundesgerichte die Feststellung des Sinnes rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen zu?*

W. hatte durch Vertrag die Vertretung der englischen Firma O & Cie. bei seiner Export- und Hometrade-Kundschaft in der Schweiz auf 6 Jahre übernommen gegen eine Provision im Minimalbetrag von 300 £ per Jahr. Der Vertrag enthielt im Weitern u. A. die Bestimmung, dass im Falle von Kündigung nach 3 oder 6 Jahren, oder falls beim Tode des W. das Verhältniss noch bestehen sollte, O. & Cie. sich verpflichten, noch während weitern

---

[1]) S. diese Revue III. Nr. 141.

[2]) Das Urtheil führt dann aus, dass nach bernischem Civilprozessrecht die verbindliche, die Rechtsmittelfrist in Lauf setzende Urtheilsmittheilung mit der mündlichen Verkündung des Urtheils sich vollende, indem die Zustellung einer schriftlichen Urtheilsausfertigung als Eröffnungsform des Urtheils nicht vorgeschrieben sei, sondern den Parteien nur auf Verlangen schriftliche Urtheilsausfertigungen zugestellt werden.

3 Jahren dem W. oder seinen Erben die Hälfte der Provision des vorhergegangenen Rechnungsjahres — jedoch nicht der Garantiesumme — zu bezahlen. Der Vertrag wurde von O. & Cie. auf Ende 1888 gekündet. W. legte nun diese Vertragsbestimmung dahin aus, dass er nach Beendigung des Vertrages noch 3 Jahre lang die Hälfte der Provision des letzten Rechnungsjahres resp. Vertragsjahres (1888) zu beziehen habe; O. & Cie. dagegen behaupteten, dass in diesen 3 Nachgenussjahren das jeweilen vorangegangene Rechnungsjahr gemeint sei, sodass Kläger W. im Jahre 1889 die Hälfte der im Jahre 1888, im Jahre 1890 die Hälfte der im Jahre 1889 bezogenen Provision zu beanspruchen habe u. s. w. Die erste kantonale Instanz erklärte die letztere Rechnungsweise als zweifellos unrichtig, denn der Ausdruck „des vorangegangenen Rechnungsjahres" sei unzweideutig und beziehe sich bloss auf das am Ende des Vertrages vorangegangene Rechnungsjahr, nicht aber auf andere, spätere Rechnungsjahre. Anderer Ansicht war die 2te kantonale Instanz; sie bemerkte: „Der Ansicht von O & Cie. ist der Vorzug zu geben; denn es ist nicht anzunehmen, dass die Parteien ein für alle Mal ein bestimmtes Rechnungsjahr als Basis für die Berechnung der Provision haben annehmen wollen; vielmehr liegt der Gedanke näher, dass bei Berechnung der Provision das jeweilen vorangegangene habe zu Grunde gelegt werden wollen, um so mehr, als dies auch dem Umstande Rechnung trägt, dass die Leistungen des Agenten, welche für die erste Zeit, da die Kunden erst gewonnen werden müssen, nur einen spärlichen Erfolg zu haben pflegen, dafür in der Regel über die Thätigkeitsdauer hinaus reichen, indem alsdann wenigstens ein Theil der Kundsame meist noch verbleibt und sich erst allmälig verliert, was zu Gunsten des Agenten eine allmälig sinkende Provision rechtfertigt." Das Bundesgericht bestätigte. Gründe: Diese Entscheidung beruht auf einer Feststellung der Willensmeinung der Parteien beim Vertragsschluss, welche nicht auf unrichtiger Anwendung von Rechtsregeln, insbesondre von Auslegungsregeln des objektiven Rechts beruht und daher vom Bundesgericht ohne Weiters seinem Urtheil zu Grunde gelegt werden muss; sie geht davon aus, dass nach den Umständen, gemäss der besonderen Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses, die Parteien mit dem Wortlaute des Vertrages den angegebenen Sinn verbunden haben. Eine derartige Berücksichtigung der Umstände bei Auslegung eines Vertragsinstrumentes ist durchaus statthaft und nicht rechts-

irrthümlich. Art. 16. O. R.[1]) (Entsch. vom 28. März 1890 i. S. Westermann c. Oetling & Cie.)

---

[1]) Da entgegen dem, bezüglich der Frage, ob dem Bundesgericht als Rechtsmittelinstanz in Civilsachen die Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens zustehe, grundlegenden Entscheide des Bundesgerichtes i. S. Dürselen c. Bader (Revue II. Nr. 61), immer mehr die Ansicht sich geltend macht und zu befestigen scheint, dass diese Feststellung stets eine thatsächliche Feststellung und daher für das Bundesgericht bindend sei, möge folgende Bemerkung hier Platz greifen. Man wird richtiger Weise unterscheiden müssen, ob der rechtsgeschäftliche Wille als Gegenstand des Beweises erscheint und daher dessen Feststellung Beweiswürdigung ist, oder ob die Willenserklärung lediglich aus sich selbst, ohne Zuhülfenahme ausserhalb derselben liegender Momente, auszulegen ist, und daher ein Fall der Auslegung nach juristischen Interpretationsregeln vorliegt. Es ist klar, und selbstverständlich durch Art. 16 O. R. nicht ausgeschlossen, dass, wenn es sich um Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens handelt, in erster Linie die Frage zu entscheiden ist, ob eine Auslegung der Erklärung nothwendig oder dieselbe nicht derart deutlich sei, dass sie einer Auslegung nicht bedürfe. Ebenso klar ist gemäss Art. 29 und 30 Org. Ges., dass diese Frage nicht bloss vom kantonalen Richter, sondern auch vom Bundesgerichte zu entscheiden ist. Findet das Bundesgericht, dass der Wortlaut einer solchen Erklärung mehrdeutig sei und der Sinn derselben nur mit Hülfe von Auslegungsregeln des objektiven Rechtes festgestellt werden könne, so hat es nach der citirten Gesetzesbestimmung diese Feststellung selbst vorzunehmen. (Anders nach der deutschen C. P. O. Die Urtheile des deutschen Reichsgerichts können daher — bei der Verschiedenheit der Rechtsmittel — für uns nicht Vorbild sein.) Bindend ist die kantonalgerichtliche Feststellung des rechtsgeschäftlichen Willens für das Bundesgericht nur, soweit sie Beweiswürdigung ist und nicht — ausnahmsweise — Beweisregeln des eidg. Rechtes anwendbar oder unrichtigerweise angewendet worden sind. Findet dagegen das Bundesgericht den Wortlaut einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung klar und einer Auslegung nicht bedürftig und sprechen nicht besondere Umstände dafür, dass der wirkliche Wille des Urhebers der Erklärung und der Wortlaut derselben sich nicht decken, sondern der wirkliche Wille von dem Wortlaute abweiche, — so ist der kantonale Entscheid, welcher wegen vermeintlicher Mehrdeutigkeit der Erklärung eine Auslegungsregel des objektiven Rechts zur Anwendung gebracht hat, als rechtsirrthümlich aufzuheben resp. abzuändern, weil er einerseits eine Auslegungsregel auf einen Thatbestand anwendet, auf welchen sie nicht anwendbar ist, und anderseits den, auch das schweiz. O. R. — vorbehältlich Art. 17 — beherrschenden

51. *Art. 29 B.-Ges. über Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 882 O. R. Oertliche Anwendung des Rechts. Gebundenheit des Bundesgerichts an den kant. Entscheid bezüglich der vor Inkrafttreten des O. R. begründeten Rechtsverhältnisse.*

Für die Frage, durch welches örtliche Recht ein Rechtsverhältniss beherrscht werde, ist das zur Zeit der Begründung desselben geltende Recht massgebend. Bezüglich von Verträgen, die vor Inkrafttreten des eidg. O. R. abgeschlossen worden sind, ist daher das Bundesgericht an den bezüglichen Entscheid des kantonalen Gerichtes gebunden. (Entsch. v. 26. April 1890 i. S. Métropole c. Grisel.)

---

52. *Oertliche Anwendung des Rechts bezüglich obligationenrechtlicher Verhältnisse. Ist eidgenössisches oder kantonales Recht massgebend?*

Für die örtliche Rechtsanwendung rücksichtlich obligationenrechtlicher Verhältnisse ist seit dem Inkrafttreten des eidg. O. R. nicht mehr kantonales, sondern eidgenössisches Recht anwendbar, so dass in dieser Beziehung nicht mehr die Bestimmungen der kantonalen Gesetzbücher, sondern die durch Doktrin und Praxis gemäss Sinn und Geist des eidgenössischen Gesetzes zu entwickelnden Grundsätze gelten.[1]) (Entsch. v. 28. März 1890 i. S. Westermann c. Oetling & Cie.)

Grundsatz der Vertragsfreiheit verletzt. Denn dieser Grundsatz erfordert, dass von dem klaren Wortlaute einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht abgewichen werde, sofern derselbe einerseits einen vernünftigen, mit dem betr. Rechtsgeschäft verträglichen Sinn ergibt, und anderseits nicht besondere Umstände dafür sprechen, dass Wille und Erklärung nicht übereinstimmen. Wie bereits bemerkt, werden diese Grundsätze vielfach verkannt und scheint der in den bundesgerichtlichen Entscheiden, welche die kantonalgerichtliche Auslegung als in casu bindend erklären, in verschiedenen Wendungen wiederkehrende, formell allerdings inkorrekte, Zusatz „es sei ein Rechtsirrthum nicht ersichtlich“ oder „die kantonale Entscheidung beruhe nicht auf unrichtiger Anwendung von Rechtsregeln“ u. s. w., mehr nur als dekoratives Beiwerk betrachtet zu werden. Wenigstens ist gerade in casu ausdrücklich als feststehender Satz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bezeichnet worden, dass die Feststellung des Vertragswillens immer thatsächliche Feststellung sei. Ob mit Recht oder Unrecht, ergibt die genaue Prüfung der betr. Entscheide. Vgl. Revue IV. Nr. 80; V. Nr. 2; VI. Nr. 93. A. S. d. b.-g. Entsch. X. 269, 581; XII. 316, 369, 604. 619; XIII. 68; XIV. 317 f., 324; XV. 303, 338, 351 Erw. 5, 402 Erw. 8, 417, 767 Erw. 3, 810 ff. Erw. 4. Der Einsender.

[1]) Siehe diese Revue III. Nr. 140 Ziff. 2.

53. *Art. 18 f. O. R. 1) Inwiefern kann ein Vergleich wegen Irrthums angefochten werden? 2) Wird der Vergleich vom kantonalen oder eidgenössischen Recht beherrscht?*

1) Ein Vergleich kann nicht wegen Irrthums angefochten werden, wenn der Irrthum sich beziehen soll auf einen Punkt, welcher von den Parteien als unsicher angenommen wurde und durch den Vergleich festgestellt werden sollte. Bezieht dagegen der Irrthum sich auf einen Punkt, der von beiden Parteien — oder doch mit Wissen der andern Partei von der einen — als feststehend angenommen wurde, so ist der Vergleich unverbindlich.[1])

2) Der Vergleich wird von den Grundsätzen des eidg. O. R. beherrscht, wenn er auch in diesem Bundesgesetz nicht speziell erwähnt ist. (Entsch. v. 31. Januar 1870 i. S. Feron c. schweiz. Westbahnen.)

---

54. *Art. 60 und 64 O. R. Haftung des Staates für den von seinen Beamten und Angestellten bei Ausübung ihres Amtes verursachten Schaden; Solidarhaftung.*

Wenn ein Kanton nach seiner Gesetzgebung (Art. 64 Abs. 2 O. R.) für den von seinen Beamten und Angestellten in Besorgung öffentlicher Verwaltungszweige (im Gegensatz zu gewerblichen Verrichtungen, Art. 64 Abs. 2. O. R.) verursachten Schaden verantwortlich ist, so findet auch Art. 60 O. R. Anwendung und haftet daher der Kanton, sofern der Schaden noch von Personen, für die er die Verantwortlichkeit nicht trägt, mitverschuldet worden ist, solidarisch

---

[1]) Das Urtheil citirt Windscheid, Pandekten § 414; Preuss. Allg. Landrecht XVI. § 418, 429. Code Napol. § 2052—2055; Oester. Civ. Ges.-B. Art. 1385, 1387. Deutscher Entwurf eines bürg. Ges.-B. § 667 u. Motive dazu Bd. II. S. 654. Vgl. ferner noch Bekker, Pandekten Bd. II. § 110 a. E. — Die Klägerin hatte in casu gestützt auf ein ärztliches Zeugniss, dass sie wahrscheinlich in zwei Monaten von den Folgen der erlittenen Körperverletzung geheilt sein werde, sich zehn Tage nach dem Unfall mit der Eisenbahngesellschaft dahin verglichen, dass sie gegen Bezahlung von 1000 Fr. folgende Erklärung ausstellte: „Par l'acceptation de cette somme de 1000 fr. je reconnais avoir été indemnisée équitablement de toutes les conséquences résultant du dit accident . . . et déclare renoncer à toute réclamation ultérieure envers la Cie. de la S. O. S. Als es sich später herausstellte, dass sie zeitlebens arbeitsunfähig geworden sei, wollte sie den Vergleich anfechten, wurde aber abgewiesen.

für den Ersatz.[1]) (Entsch. v. 21. Februar 1890 i. S. Ryhiner c. Waadt.)

---

55. *Art. 106 ff. O. R. Rechte des Verkäufers bei Annahmeverzug des Käufers beim Distanzkauf. Darf derselbe die Waare dem Käufer ohne Weiteres zusenden?*

Hat der Käufer ungerechtfertigterweise die Vornahme ihm obliegender Vorbereitungshandlungen, ohne welche der Verkäufer zu erfüllen nicht im Stande war, verweigert und ist demnach gemäss Art. 106 O. R. in Annahmeverzug gekommen, so ist der Verkäufer berechtigt, gemäss Art. 107 O. R. die Waare auf Gefahr und Kosten des Käufers zu hinterlegen und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien, geeignetenfalls auch gemäss Art. 108 O. R. den Verkauf der Waare zu bewirken. Dagegen berechtigt ihn der Annahmeverzug des Käufers nicht, nunmehr die Waare an einen andern Ort als den vertragsmässigen Erfüllungsort zu schaffen und dem Käufer dort anzubieten. Denn ein derartiges Recht des Schuldners knüpft das Gesetz an den Annahmeverzug des Gläubigers nicht; die Erfüllungssurrogate, zu welchen der Schuldner im Falle des Annahmeverzuges des Gläubigers greifen darf, sind im Gesetze limitativ bestimmt. Der Gläubiger muss, nachdem er in Annahmeverzug gerathen ist, es sich wohl gefallen lassen, dass der Schuldner sich durch Hinterlegung, geeignetenfalls durch Selbsthülfeverkauf, befreie; dagegen ist er, sofern der Schuldner dies nicht thut, berechtigt, trotz seines Verzuges vertragsmässige Leistung also auch Leistung am Erfüllungsorte zu verlangen, und braucht die Leistung nicht an einem andern Orte, wo sie für ihn vielleicht völlig unbrauchbar ist, anzunehmen. Danach muss denn in casu Verkäufer die Kosten, welche durch den unberechtigten Transport der Waare nach R. und B. entstanden, als durch sein eigenes vertragswidriges Verhalten verursacht, an sich selbst tragen. Hievon wäre allerdings dann abzugehen, wenn dem Käufer durch diesen Transport entweder Fracht- oder sonstige Auslagen, die er unter allen Umständen gehabt hätte, erspart worden wären, oder wenn die sofortige Wegschaffung der Waare vom Erfüllungsorte durch das Interesse des Käufers unbedingt wäre geboten gewesen. In

---

[1]) S. Revue IV. Nr. 82. An der dort enthaltenen Auslegung des Art. 64 O. R. hat das Bundesgericht constant festgehalten. Vgl. auch Revue VIII. Nr. 18.

ersterem Falle würde sich der Käufer auf Kosten des Verkäufers ungerechtfertigt bereichern; in letzterm Falle dürfte der Verkäufer nach dem Rechte der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 472 O. R. zu einer Schadenersatzforderung berechtigt sein. (Entsch. vom 8. Februar 1890 i. S. Barkhausen & Cie. c. Thierry.)

---

56. *Art. 338 ff., 346 O. R. Dienstmiethe. Ungerechtfertigte Entlassung eines Angestellten vor Ablauf der Dienstzeit. Anspruch des Entlassenen.*

Da der Dienstvertrag unberechtigt, ohne wichtige Gründe, vorzeitig aufgelöst wurde, so findet Art. 346 Abs. 3 O. R. keine Anwendung, da der Thatbestand desselben, die befugte Aufhebung des Vertrages aus wichtigen Gründen, mangelt, vielmehr der andere Fall vorliegt, dass der Dienstherr die Erfüllung des von keinem Theile befugterweise aufgelösten Vertrages dadurch thatsächlich verunmöglicht, dass er die Annahme der Dienste verweigert. Das Bundesgericht hat nun allerdings die Streitfrage, ob in einem solchen Falle der Dienstverpflichtete die vertragliche Gegenleistung als solche fordern, oder aber nur einen Interessenanspruch geltend machen könne, im letztern Sinne entschieden (vgl. Entsch. i. S. Schou c. Dynamit Nobel).[1] Allein auch von diesem Standpunkte aus erscheint die klägerische Forderung als begründet. Wenn zunächst eingewendet wird, der Kläger habe überhaupt nicht auf Schadenersatz, sondern ausschliesslich auf die vertragliche Gegenleistung als solche geklagt, und es sei daher die Klage jedenfalls angebrachtermassen abzuweisen, so ist darauf zu erwidern: Allerdings hat der Kläger einfach den Betrag der ihm vertraglich versprochenen Gegenleistung eingeklagt. Allein sofern ihm eben dieser Betrag, wenn auch nicht als vertragliche Gegenleistung, so doch als Schadenersatz gebührt, so steht dem Zuspruche der Klage ein Hinderniss nicht entgegen; denn: die zweite Instanz hat die Frage, ob in Fällen der vorliegenden Art ein Erfüllungs- oder aber ein Interessenanspruch begründet sei, als für die Entscheidung praktisch unerheblich dahingestellt gelassen; sie ist also ohne weiters davon ausgegangen, sie sei, obschon die Klage zunächst als Erfüllungsklage juristisch begründet wurde, doch berechtigt, das thatsächliche Klagefundament daraufhin frei zu prüfen, ob aus demselben, wenn

---

[1]) Vgl. diese Revue VII. Nr. 62. A. S. d. b.-g. Entsch. XV. S. 315 f.

nicht ein Erfüllungs- so doch ein Interessenanspruch auf die eingeklagte Summe rechtlich sich ergebe. In dieser Annahme liegt nun jedenfalls keine Verletzung einer Norm des eidg. Privatrechts, vielmehr ist dieselbe mit den Grundsätzen des eidg. Privatrechts durchaus vereinbar, und es ist daher ohne weiters von derselben auszugehen. Im fernern hat die Vorinstanz ausgeführt, der Schaden, welchen der Kläger durch die vorzeitige Aufhebung des Dienstvertrages erleide, komme dem Lohne gleich, welchen er ohne das vertragswidrige Vorgehen des Beklagten zu beanspruchen gehabt hätte und welcher ihm infolge jenes Vorgehens entgangen sei. Denn es liege überall nichts dafür vor, dass dem Kläger gelungen sei oder bis zum Ablauf der Vertragszeit noch gelingen werde, anderweitig Arbeit und Verdienst zu finden, und ebensowenig habe man Grund anzunehmen, dass er es an den nöthigen Bemühungen habe fehlen lassen, um sich anderwärts einen Erwerb zu sichern. Dieser Ausführung ist durchaus beizutreten. Wie das Bundesgericht bereits in frühern Entscheidungen[1]) ausgeführt hat, geht der Interessenanspruch des unbefugterweise vorzeitig entlassenen Dienstpflichtigen auf den Betrag der vertraglich versprochenen Gegenleistung unter Abrechnung der Auslagen, die ihm etwa durch die Entbindung von der Leistungspflicht erspart worden, und desjenigen Erwerbes, welchen er während der Vertragsdauer vermittelst seiner freigewordenen Arbeitskraft anderweitig zu machen in der Lage ist. Sache des beklagten Dienstherrn ist es, solche Umstände darzuthun, aus welchen sich ergiebt, dass der Dienstpflichtige während der Vertragszeit durch anderweitige, seiner Stellung angemessene Verwendung seiner Arbeitskraft einen Erwerb entweder wirklich gemacht hat, oder doch zu machen in der Lage war. Werden derartige Umstände nicht dargethan, so liegt eben nichts anderes vor, als dass dem Dienstpflichtigen durch die vorzeitige Entlassung die vertragliche Gegenleistung entgeht, und es ist daher der ihm gebührende Schadenersatz auf den Betrag der letztern anzusetzen. Nun hat im vorliegenden Falle der Beklagte zwar wohl in allgemeinen Ausdrücken behauptet, der Kläger habe anderweitigen Verdienst gehabt, oder wäre in der Lage gewesen, solchen zu haben. Allein irgendwelche thatsächliche Anhaltspunkte hiefür hat er nicht beigebracht; vielmehr hat umgekehrt der Kläger dargethan, dass er sich

---

[1]) Siehe nach Revue VII. Nr. 89. A. S. d. b.-g. Entsch. XV. S. 674.

nach anderweitiger angemessener Beschäftigung vielfach vergeblich umgesehen hat. (Entsch. v. 14. März 1890 i. S. Surber c. Wernike.)

---

57. *Art. 547 und 882 O. R. 1) Findet Art. 547 O. R. auch auf Gesellschaftsverträge Anwendung, welche vor Inkrafttreten des eidg. O. R. abgeschlossen worden sind? 2) Beurtheilen sich die rechtlichen Folgen einer Vertragsverletzung nach dem zur Zeit des Abschlusses des Vertrags oder nach dem zur Zeit der Vertragsverletzung geltenden Rechte?*

Hierüber entnehmen wir der Begründung eines bundesgerichtlichen Urtheils folgendes:

1. Der Gesellschaftsvertrag ist vor dem Inkrafttreten des eidg. O. R., — und zwar auf unbestimmte Zeit, — abgeschlossen worden; Verbindlichkeit und Wirkungen dieses Vertrages richten sich somit, gemäss Art. 882 Abs. 1 und 2 des O. R. (in Betreff des Verhältnisses der Gesellschafter unter einander)[1]) nicht nach den Bestimmungen des O. R., sondern nach den Vorschriften des frühern kantonalen Rechts. Insoweit es sich also darum handelt, welche gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen der Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag seien begründet worden, entscheidet das kantonale Recht; speziell insoweit es die dispositiven, den unvollständig erklärten Parteiwillen ergänzenden Vorschriften des objektiven Rechtes anbelangt, kommen die Normen des kantonalen Rechts, unter dessen Herrschaft und mit Rücksicht auf dessen Bestimmungen die Parteien den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, zur Anwendung. Dagegen ist nach Art. 882 Abs. 3 O. R. für die nach dem 1. Januar 1883 eintretenden Thatsachen, speziell auch für den Untergang von Forderungen und Rechtsverhältnissen, welche schon vor dem 1. Januar 1883 entstanden sind, das neue Recht massgebend. Trotz dieser Bestimmung ist freilich die Frage, ob eine seit dem 1. Januar 1883 eingetretene Thatsache früher begründete Forderungen oder Rechtsverhältnisse aufhebe, resp. eine Partei zu deren Aufhebung berechtige, insofern nicht nach neuem sondern nach altem Recht zu beurtheilen, als es sich dabei nicht sowohl um die rechtliche Wirkung der betreffenden Thatsachen selbst, als vielmehr um Vertragswirkungen handelt, d. h. als die Einwirkung der fraglichen Thatsache auf den Bestand eines Rechtsver-

---

[1]) Gegen aussen s. Revue VI. Nr. 98 S. 142 ff.

hältnisses (das juristische Verhalten des letztern gegenüber dieser Thatsache) durch den von dem alten Rechte beherrschten Vertragsinhalt, den wirklichen oder gemäss den dispositiven Bestimmungen des objektiven Rechts ergänzten Parteiwillen bedingt erscheint. Anders ausgelegt würde Art. 882 Abs. 3 O. R. mit dem Prinzipe des Art. 882 Abs. 1 und 2 in Widerspruch gerathen. Sofern es sich dagegen um die vom objektiven Rechte bestimmten rechtsaufhebenden Wirkungen solcher Thatsachen handelt, deren Folgen nicht durch den wirklichen oder präsumirten Willen der Parteien beim Vertragsschlusse geregelt sind, ist nach Art. 882 Abs. 3 O. R. das neue Recht auch in Betreff der Aufhebung früher begründeter Rechtsverhältnisse anzuwenden, sofern nur die aufhebende Thatsache unter der Herrschaft des neuen Rechtes sich ereignete. Denn hier kann nicht gesagt werden, dass bei Anwendung des neuen Rechtes einem durch das alte Recht bereits geregelten Thatbestand nachträglich eine andere rechtliche Normirung gegeben werde, sondern es normirt das neue Recht die Rechtsfolgen eines erst unter seiner Herrschaft eingetretenen Thatbestandes, welcher seine rechtliche Ordnung durch das alte Recht noch nicht empfangen hatte. Die entscheidende juristische Thatsache ist hier nicht der Vertragsschluss, sondern die als Erlöschungs- bezw. Auflösungsgrund in Betracht kommende Thatsache. Deren Wirksamkeit aber normirt das Gesetz ihrer Zeit; ein wohlerworbenes Recht darauf, dass ein Verhältniss nur den zur Zeit seiner Begründung bestehenden Erlöschungsgründen unterliege, gibt es nicht. Vielmehr bestimmt das jeweilen geltende objektive Recht für die Dauer seiner Geltung die Erlöschungsgründe allgemein, auch für die bereits früher begründeten Rechtsverhältnisse. Nun ist im vorliegenden Falle nicht behauptet worden, Kläger sei nach den Bestimmungen des zur Zeit des Vertragsabschlusses geltenden kantonalen Rechtes berechtigt, von dem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Gesellschaftsvertrage sofort, ohne Beobachtung einer Kündigungsfrist zurückzutreten; er stellt vielmehr ausschliesslich darauf ab, dass er den Vertrag gemäss Art. 547 O. R. aus wichtigen Gründen sofort aufzuheben berechtigt gewesen sei. Läge ersteres in Frage, so wäre allerdings das kantonale Recht massgebend, da es sich um eine Vertragswirkung, nämlich darum, ob der Vertrag von Anfang an als ein jeder Zeit frei löslicher abgeschlossen war, handelte, in dieser Richtung aber fortwährend das Recht der Zeit des Vertragsabschlusses entscheidend bleibt. Dagegen

ist der vom Kläger einzig angerufene Art. 547 O. R. sofort auf alle, auch die schon vor dem Inkrafttreten des O. R. abgeschlossenen Gesellschaftsverträge anwendbar; derselbe statuirt nicht eine Vertragswirkung, welche auf den wirklichen oder präsumtiven Parteiwillen zurückzuführen wäre, sondern er stattet, ohne alle Rücksicht auf den Parteiwillen beim Vertragsschlusse, einen Thatbestand mit einer Rechtsfolge aus, welche zum vornherein gar nicht wegbedungen werden kann; diese Rechtsfolge, die Berechtigung, den Gesellschaftsvertrag sofort zu lösen, muss daher überall da eintreten, wo der Thatbestand, an den sie geknüpft ist, unter der Herrschaft des neuen Rechtes eintritt. Letzteres bestimmt in der hier fraglichen Richtung die juristische Bedeutung der Thatsache. Dabei ist denn aber allerdings festzuhalten, dass, da die vertraglichen Rechte und Pflichten der Gesellschafter sich nach dem alten Rechte richten, die Frage, ob ein Gesellschafter Verletzungen seiner Gesellschaftspflichten sich habe zu Schulden kommen lassen, auch in Betreff von Handlungen, die unter der Herrschaft des O. R. vorgenommen wurden, nach dem alten Rechte zu beurtheilen ist und nur die rechtlichen Folgen dieser Pflichtverletzungen, die Frage, ob dieselben (ebenso wie anderweitige hiefür etwa geltend gemachte Thatmomente) als wichtige Gründe im Sinne des Art. 547 des O. R. zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigen, nach dem O. R. zu beurtheilen sind.

2) Dafür, ob das zur Grundlage der Schadensersatzforderung des B.[1]) gemachte Verhalten des Klägers ein vertragswidriges war, ist, da dies nur nach dem Vertragsinhalte beurtheilt werden kann, das kantonale Recht massgebend. Dagegen ist für die *Gestaltung der Schadenersatzobligation*, welche aus diesem Handeln, sofern es ein vertragswidriges war, entspringt, gemäss Art. 882 Abs. 3 des O. R. das O. R. *entscheidend*, da eben die Schadenersatzobligation aus einer unter dessen Herrschaft eingetretenen juristischen Thatsache, der Verletzung resp. Nichterfüllung des Gesellschaftsvertrages, entstanden ist und nicht als eine Wirkung des Vertrages als durch den Vertragsinhalt bestimmt erscheint. Letzterer bestimmt wohl, was der Gläubiger als Erfüllung zu fordern hat, nicht aber normirt er die Folgen der Vertragsverletzung, insbesondere

---

[1]) Dieselbe wurde darauf gestützt, dass der Prozessgegner V. den Gesellschaftsvertrag durch seit dem 1. Januar 1883 vorgenommene Handlungen verletzt habe.

die Gestaltung der Schadenersatzobligation, welche aus letzterer als selbständiger juristischer Thatsache entspringt.[1]) (Entsch. v. 11. April 1890 i. S. Vogel c. Brunner.)

---

58. *Art. 667 und 896 O. R. Lebensversicherung. Gibt die Liquidation einer Versicherungsaktiengesellschaft den Versicherten, — speziell bei der Versicherung mit Gewinnantheil — das Recht, Auflösung des Vertrages ab initio zu verlangen?*

Der Umstand, dass eine Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft ihre Liquidation beschlossen hat, berechtigt die Versicherten für sich allein nicht, die Auflösung der Versicherungsverträge ab initio zu verlangen. Bei Versicherungen mit Gewinnantheil der Versicherten geht die Verpflichtung der Gesellschaft nur dahin, den Gewinn — resp. einen gewissen Theil desselben — den Versicherten zukommen zu lassen, sofern ein solcher erzielt werde. Eine Verpflichtung der Gesellschaft, das Geschäft lediglich im Interesse der Versicherten fortzuführen, folgt darum nicht. Insbesondere ist die Aktien-Gesellschaft bei Unrentabilität des Geschäftes nicht verpflichtet, dasselbe vor Aufzehrung des ganzen Aktienkapitals nicht aufzugeben.[2]) (Entsch. vom 26. April 1890 i. S. Métropole c. Grisel.)

---

59. *Art. 64 B.-V. und Art. 896 O. R. Bundesgesetzgebung und kantonale Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechtes. Unterliegen die bundesgesetzlich noch nicht geregelten Rechtsma-*

---

[1]) In gleichem Sinne hat sich das Bundesgericht i. d. Urtheil vom 26. April 1890 i. S. Métropole c. Grisel (Nr. 58) ausgesprochen.

[2]) Vgl. bes. Vivante, contratto di Assicurazione III. S. 224 ff., übersetzt im Assecuranzjahrbuch von A. Ehrenzweig, Bd. IX. S. 113 ff.; Entsch. d. deutschen R.-G. in Civilsachen, V. S. 7 ff. XXI. S. 329 f.; Gaudin, Manuel de l'Inspecteur S. 117 Nr. 242 und Lyon-Caën, Précis de droit commerc. 1. Aufl. I. Nr. 563. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheide weiter ausgeführt, dass, auch wenn die Auflösung des Vertrages wegen Zuwiderhandelns gegen denselben (wie das kant. Gericht angenommen hatte) verlangt werden könnte, jedenfalls dieselbe nicht ab initio, mit Verpflichtung der Gesellschaft zur Rückzahlung der sämmtlichen erhaltenen Prämien sammt Zinsen, ausgesprochen werden dürfte, sondern Art. 110 und 116 O. R. zur Anwendung kommen müssten.

terien z. Zt. noch der Gesetzgebung der Kantone? Untersagt Art. 896 O. R. den Kantonen die Aufstellung neuer Vorschriften über den Versicherungsvertrag?

Allerdings steht nach Art. 64 der B.-V. dem Bunde die Gesetzgebung über den Versicherungsvertrag zu und ist es zweifellos, dass sofern der Bund von seinem Gesetzgebungsrechte Gebrauch macht, das Gesetzgebungsrecht der Kantone dahinfällt. Allein solange der Bund das ihm verfassungsmässig zustehende Gesetzgebungsrecht nicht ausübt, bleibt das Recht der Kantone bestehen, von der Bundesgewalt nicht geordnete Rechtsgebiete ihrerseits zu ordnen; es bleiben nicht nur bereits bestehende kantonalrechtliche Normen in Kraft, sondern es sind die Kantone auch zum Erlasse neuer sachbezüglicher Gesetze berechtigt, sofern nur natürlich diese nicht mit materiellen Vorschriften der Bundesverfassung im Widerspruche stehen. Solange der Bund von dem ihm zustehenden Gesetzgebungsrechte keinen Gebrauch gemacht hat, tritt es eben mit keiner Norm bestehenden Bundesrechtes in Widerspruch, wenn die Kantone ihrerseits das betreffende Rechtsgebiet gesetzgeberisch ordnen, und es steht ihnen dies daher gemäss Art. 3 der B.-V. zu. Das durch die Bundesverfassung statuirte Gesetzgebungsrecht des Bundes kann und will ja natürlich durch derartige Akte der kantonalen Gesetzgebung durchaus nicht geschmälert werden. Das Gesetzgebungsrecht des Bundes, d. h. die rechtliche Macht der Bundesgewalt, ein Rechtsgebiet ihrerseits gesetzlich zu ordnen, bleibt vielmehr völlig unverkümmert bestehen und äussert in demjenigen Momente, in welchem wirklich von ihm Gebrauch gemacht wird, seine Wirkungen in ganz gleicher Weise, mögen nun die Kantone seit seiner Begründung ihr Gesetzgebungsrecht ausgeübt haben oder nicht. Es sind denn auch bisher thatsächlich in einer Reihe von Materien (z. B. im Betreibungs- und Konkursrecht), wo der Bundesgewalt das Gesetzgebungsrecht verfassungsmässig zusteht, dieselbe aber davon noch keinen Gebrauch gemacht hatte, neue kantonale Gesetze erlassen oder geplant worden, ohne dass die rechtliche Zulässigkeit dieses Vorgehens irgend wäre bestritten worden. Auch in Art. 896 des O. R. ist die Norm, dass speziell für den Versicherungsvertrag die Aufstellung neuer partikulärer (kantonaler) Vorschriften untersagt werde, so dass für den Versicherungsvertrag neben den allgemeinen, subsidiär anwendbaren, Vorschriften des O. R. bis zum Erlasse eines eidgenössischen Spezialgesetzes unverändert die bisherigen im Augenblicke des Inkrafttretens des O. R. gel-

tenden kantonalen Bestimmungen in Kraft bleiben müssen, nicht enthalten. Aus dem Wortlaute des Art. 896 O. R. folgt diese Willensmeinung des Gesetzgebers nicht. Allerdings besagt Art. 896 O. R., dass bis zum Erlasse eines eidgenössischen Versicherungsgesetzes „die allfällig bestehenden" besondern Bestimmungen des kantonalen Rechts über den Versicherungsvertrag in Kraft bleiben. Allein aus diesem Wortlaute resp. aus den zwei Worten „allfällig bestehenden" kann doch diese Schlussfolgerung nicht abgeleitet werden. Die Fassung des Gesetzes erklärt sich einfach daraus, dass Art. 896 O. R. eine transitorische Bestimmung ist, durch welche das Verhältniss des O. R. zu dem alten bisher geltenden Rechte geregelt wird; sie bestimmt in dieser Beziehung, dass das O. R. besondern, den Versicherungsvertrag betreffenden kantonalgesetzlichen Bestimmungen nicht derogire (während dagegen allerdings, soweit solche besondere Bestimmungen nicht existiren, die Grundsätze des O. R. auch für Versicherungsverträge gelten). Dagegen trifft Art. 896 des O. R. keine Bestimmung darüber, inwiefern die Kantone zur Gesetzgebung über den Versicherungsvertrag bis zum Erlasse des eidgenössischen Gesetzes noch kompetent seien; über diese Frage ist vielmehr einfach nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden. Der Grund der bei Art. 896 von den eidgenössischen Räthen beliebten Abänderung der Fassung des bundesräthlichen Entwurfes[1]) ist nicht ersichtlich. Es wäre übrigens, wenn der Gesetzgeber wirklich den anormalen Rechtssatz, dass bestehendes Kantonalrecht in Zukunft durch die Kantonalgesetzgebung nicht mehr abänderlich sei, hätte aussprechen wollen, diesem Gedanken bestimmter, unmissverständlicher Ausdruck gegeben worden, was bei der jetzigen Fassung des Gesetzes um so weniger der Fall ist, als der italienische Text gar nicht von „allfällig bestehenden" besondern Bestimmungen des kantonalen Rechtes spricht, sondern einfach den Ausdruck eventuali disposizioni speciali etc. gebraucht. (Entsch. vom 21. März 1890 i. S. schweiz. Mobiliarversicherungsgesellschaft & Cons. c. Schwyz.)

---

[1]) Derselbe lautete: „Bis zum Erlass eines eidg. Assekuranzgesetzes bleiben die kantonalen Bestimmungen über die Versicherungsverträge in Kraft und es ist dieses Gesetz auf solche Verträge nur insoweit anwendbar, als die kantonalen Bestimmungen schweigen."

60. ***Art. 2 des B.-Ges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen u. s. w. bei Tödtungen und Verletzungen u. s. w. Was heisst „beim Betrieb"?***

Unter „Betrieb" der Eisenbahn im Sinne des Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ist nicht die Gesammtheit der überhaupt zum gewerblichen Betriebe einer Eisenbahnunternehmung gehörigen Thätigkeiten zu verstehen, sondern nur der Betrieb der Eisenbahn im technischen Sinne des Wortes, d. h. der Schienenanlage; nur für den Betrieb im letztern Sinne des Wortes, also für die Beförderung auf den Schienengeleisen, deren (unmittelbare) Vorbereitung und deren Abschluss hat der Gesetzgeber wegen der damit verbundenen erhöhten Gefahren für Leben und Gesundheit dem Betriebsunternehmer eine erhöhte, über das gemeine Recht hinausgehende Haftpflicht auferlegt. Diese engere Auslegung des Gesetzes ist von der schweizerischen wie von der deutschen Gerichtspraxis, als dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers entsprechend, von jeher festgehalten worden.[1]) Daraus folgt denn, dass blosse Vorbereitungshandlungen und Hülfsarbeiten zum Beförderungsdienste als solche, sofern sie nicht unmittelbar mit der Beförderung auf den Schienengeleisen zusammenhängen, nicht zum Eisenbahnbetriebe im Sinne des Haftpflichtgesetzes gehören. Sofern dagegen der Eisenbahnbetrieb im technischen Sinne des Wortes, der Beförderungsdienst, die Art und Weise der Vornahme solcher Vorbereitungshandlungen oder Hülfsarbeiten beeinflusst und gerade durch diese Einwirkung des eigentlichen Eisenbahnbetriebes mit seinen besondern Anforderungen Unfälle verursacht werden, so ist der Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Unfall gegeben, letzterer also, da „beim Betriebe" unbestreitbar so viel bedeutet als „durch den Betrieb", „beim Betriebe" erfolgt. Insbesondere trifft dies dann zu, wenn bei Vornahme von Vorbereitungshandlungen zum Eisenbahntransporte, wie bei Beladung stillstehender Eisenbahnwagen u. dgl., infolge der Anforderungen des Betriebes, des Beförderungsdienstes, mit besonderer Eile muss verfahren werden und hiedurch Unfälle verursacht werden. Dies will wohl auch das Kreisschreiben des Bundesrathes vom 8. Dezember 1887[2]) nicht ausschliessen, welches übrigens selbst-

[1]) Revue II. Nr. 12 S. 7. A. S. IX. S. 526 f.

[2]) Siehe Zeerleder, schweiz. Haftpflichtgesetzgebung S. 164 f. und Schweiz. Handels- und Landwirthschaftsdepartement, Kommentar zum B.-Ges. betr. die Arbeit in den Fabriken S. 150 f.

verständlich eine für den Richter verbindliche Gesetzesauslegung weder geben kann noch will. Das erweiterte Haftpflichtgesetz vom 26. April 1887, zu dessen Ausführung das Kreisschreiben erlassen worden ist, modifizirt, wie sein Wortlaut klar ergiebt, die Haftpflicht der Eisenbahngesellschaften für Betriebsunfälle in keiner Weise; der Bundesrath konstatirt nun in seinem Kreisschreiben einfach, dass nach der gerichtlichen Praxis als der Eisenbahnhaftpflicht nicht unterstehende „Hülfsarbeiten" auch „Auf- und Ablad und Einlagerung von Frachtgütern" erscheinen; dass Unfälle, welche sich bei Vornahme solcher Arbeiten durch die Einwirkung des Eisenbahnbetriebes ereignen, als Betriebsunfälle zu betrachten seien, hat er nicht ausschliessen wollen. Im vorliegenden Falle nun stellt die Vorinstanz thatsächlich, in einer beim Bundesgerichte nicht anfechtbaren Weise, fest, dass der Unfall mit der durch die besondern Anforderungen des Eisenbahnbeförderungsdienstes gebotenen Eile in kausalem Zusammenhange stehe, und es ist somit der Unfall als Betriebsunfall zu betrachten. Dass die Eile nicht deswegen geboten war, weil gerade der zu verladende Wagen sofort abfahren sollte, sondern vielmehr deshalb, weil nur bei besonderer Eile den übrigen Anforderungen des Betriebsdienstes genügt werden konnte, ändert hieran nichts. (Entsch. vom 7. Febr. 1890 i. S. Wepfer c. Ver. Schweiz. Bahnen.)

---

61. *Art. 3 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes und Art. 60 O. R. Rückgriffsrecht der Eisenbahnunternehmung im Falle von Verschulden mehrerer Personen, für welche sie verantwortlich ist; Umfang des Regresses gegen die einzelnen Mitschuldigen.*

Ob und in welchem Umfange der Eisenbahnunternehmung, welche gemäss Art. 2 Eisenbahnhaftpflichtgesetzes den durch einen Unfall verursachten Schaden hat ersetzen müssen, der Rückgriff gegen einen Einzelnen von mehreren Mitschuldigen zustehe, richtet sich nach Art. 60 Abs. 2 O. R.[1]) (Entsch. v. 22. März 1890 i. S. Préservatrice c. Quadri.)

---

[1]) Die Eisenbahngesellschaft, resp. ihr Cessionar, hatte in casu nur den einen Mitschuldigen nach Massgabe seiner eigenen Verschuldung belangt und nicht geltend gemacht, dass die sämmtlichen Mitschuldigen ihr gegenüber solidarisch haften. Diese letztere Frage war also nicht zu entscheiden.

62. *Art. 1 f., 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. 1) Besteht die gesetzliche Haftpflicht auch gegenüber Lehrlingen? 2) Erfordert Art. 6 Abs. 3 ein persönliches strafrechtliches Verschulden des Betriebsunternehmers? 3) Betrieb einer Fabrik durch eine Kollektivgesellschaft; wer ist Betriebsunternehmer? 4) Begriff der strafrechtlich verfolgbaren Handlung; 5) Jahresverdienst eines Lehrlings.*

1. Das Fabrikhaftpflichtgesetz unterscheidet nicht, ob die in einer Fabrik beschäftigten Angestellten und Arbeiter auf Grund eines Lehrvertrages oder eines gewöhnlichen Dienstvertrages angestellt sind; es will seiner ganzen Anlage nach die Haftpflicht des Fabrikherrn gegenüber dem beim Fabrikbetriebe beschäftigten Personale ausschliessend ordnen, einerseits einen über das gemeine Recht hinausgehenden Schutz dem gesammten Personale gewähren, andrerseits auch die Beschränkungen des Quantitativs der Ersatzansprüche allgemein, dem gesammten Personale gegenüber aufstellen.

2. Art. 6 Abs. 3 leg. cit. erfordert ein den Betriebsunternehmer persönlich treffendes strafrechtliches Verschulden. Ist der Unfall durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung nicht des Betriebsunternehmers selbst, sondern eines Mandatars, Repräsentanten, Leiters oder Aufsehers der Fabrik herbeigeführt worden, so ist der Betriebsunternehmer zwar gemäss Art. 1 und 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes verantwortlich, allein nur bis zum Betrage des gesetzlichen Entschädigungsmaximums. Dies folgt unverkennbar aus dem Wortlaute des Gesetzes. Art. 6 Abs. 3 derogirt der vorhergehenden, das Entschädigungsmaximum festsetzenden Bestimmung des Abs. 2 ausdrücklich nur für den Einen Fall, dass die Verletzung oder Tödtung durch eine strafrechtlich verfolgbare Handlung „von Seiten des Betriebsunternehmers" ist herbeigeführt worden. Diese Bestimmung muss so aufgefasst werden, wie es ihr Wortlaut mit sich bringt, und kann nicht dahin ausgelegt werden, dass dem strafrechtlich verfolgbaren Verschulden des Betriebsunternehmers dasjenige der betriebsleitenden Angestellten gleichzustellen, letzteres unter ersterm mitverstanden sei; hätte der Gesetzgeber letzteres gewollt, so hätte er es ausdrücklich aussprechen müssen, da ja das Gesetz im übrigen (s. Art. 1) die Haftung des Betriebsunternehmers für eigenes und für fremdes, von ihm zu vertretendes, Verschulden durchaus aus einander hält. Nachdem übrigens der Gesetzgeber den Betriebsunternehmer sogar für eigenes Verschulden (sofern dies nur kein strafrechtlich verfolgbares ist) bloss bis zu der bestimmt begrenzten Maximalsumme haften lässt, wäre

es kaum erklärlich, wie er dazu hätte kommen sollen, ihn für das Verschulden seiner betriebsleitenden Angestellten in dem Falle strafrechtlicher Verfolgbarkeit des Schuldigen unbeschränkt verantwortlich zu erklären, ihm also hier für fremdes Verschulden eine strengere Haftung aufzuerlegen, als für eigenes (nicht strafrechtliches) Verschulden. Art. 6 Abs. 3 will einfach ausschliessen, dass das Entschädigungsmaximum auch da zur Anwendung gebracht werde, wo der Unfall durch eine strafbare That des Fabrikanten selbst herbeigeführt ist.

3. Wenn eine Fabrik von einer Kollektivgesellschaft betrieben wird, so erscheinen als Betriebsunternehmer die einzelnen Gesellschafter; diese, in ihrer gesellschaftlichen Vereinigung, sind die Geschäftsherrn. Auf ihre Rechnung geht der Fabrikbetrieb und ihnen gehört in That und Wahrheit das Vermögen der Gesellschaft, wenn dasselbe auch von dem Privatvermögen der Gesellschafter ausgeschiedenes Sondergut ist. Die Auffassung, dass beim Geschäftsbetriebe durch eine Kollektivgesellschaft die einzelnen Gesellschafter nicht selbst die Geschäftsherrn (die Betriebsunternehmer) seien, sondern als blosse „Repräsentanten" des Geschäftsherrn, der Kollektivgesellschaft als solcher, erscheinen, ist eine unnatürliche und unannehmbare. Dies zeigt schon die folgende, daraus sich ergebende Konsequenz. Das Fabrikhaftpflichtgesetz normirt unzweifelhaft lediglich die Haftpflicht des Betriebsunternehmers (des Fabrikanten), während dagegen für die Verantwortlichkeit anderer Personen, seien dieselben nun Repräsentanten oder Angestellte des Fabrikherrn oder nicht, welche durch schuldhaftes widerrechtliches Thun die Körperverletzung oder Tödtung eines Arbeiters herbeiführen, das gemeine Recht gilt. Wären also die Kollektivgesellschafter, welche gemeinsam eine Fabrik betreiben, nicht selbst die Geschäftsherrn, sondern blosse Repräsentanten der Kollektivgesellschaft als solcher, so könnten dieselben, insoweit ihnen ein persönliches Verschulden nachgewiesen wird, für Betriebsunfälle ihrer Arbeiter oder Angestellten stets nach gemeinem Rechte verantwortlich gemacht werden, während dagegen Einzelkaufleute im gleichen Falle nur nach Massgabe des Fabrikhaftpflichtgesetzes, also, sofern ihnen nicht eine strafrechtlich verfolgbare That zur Last fällt, bloss innerhalb des gesetzlichen Entschädigungsmaximums hafteten. Es liegt nun aber auf der Hand, dass das Gesetz eine derartige, jedes innern Grundes entbehrende Unterscheidung zwischen Fabrikanten, welche ihr Gewerbe gemeinsam mit andern als Kollektivgesellschafter, und solchen, welche es allein, ohne Associé, be-

treiben, nicht gewollt hat. Es ist demgemäss festzuhalten, dass bei der durch eine Kollektivgesellschaft betriebenen Fabrik als Betriebsunternehmer die einzelnen Gesellschafter erscheinen, wie dies der Auffassung des Lebens und der Gestaltung der Kollektivgesellschaft entspricht, welche ja nicht von einem, von den Einzelwillen der Gesellschafter verschiedenen Kollektivwillen beherrscht wird, sondern in welcher der übereinstimmende individuelle Wille der einzelnen Gesellschafter entscheidend ist. Das Gesetz spricht nun von dem Falle, wo eine Fabrik nicht von einem einzigen Betriebsunternehmer, sondern von einer Mehrheit solcher betrieben wird, nicht ausdrücklich; allein es darf unbedenklich angenommen werden, dass in einem solchen Falle der, das Entschädigungsmaximum in Wegfall bringende, Thatbestand des Art. 6 Abs. 3 vorliegt, sofern einem der mehreren Betriebsunternehmer eine strafrechtlich verfolgbare Handlung zur Last fällt.

4. Das Gesetz verlangt als Voraussetzung des Wegfalls des Entschädigungsmaximums nicht, dass eine strafrechtliche Verurtheilung erfolgt sein müsse, sondern nur, dass eine strafrechtlich verfolgbare Handlung vorliege. Wenn auch die freie Kognition des Civilrichters über das Vorhandensein dieser Voraussetzung des vollen Entschädigungsanspruches des Beschädigten dann ausgeschlossen sein mag[1]), wenn über die strafrechtliche Qualifikation der That durch rechtskräftiges Urtheil des Strafrichters entschieden ist, so gilt doch nicht das gleiche, wenn bloss eine, der Rechtskraft ermangelnde Sistirungsverfügung der Staatsanwaltschaft vorliegt, also eine strafrichterliche Prüfung gar nicht stattgefunden hat. Zum Wegfalle des Entschädigungsmaximums genügt nicht, dass der Fabrikherr beim Betriebe seiner Fabrik im Momente des Unfalles irgend welche polizeiliche Vorschriften ausser Acht gelassen habe (z. B. in ungesetzlicher Weise Ueberzeitarbeiten habe verrichten lassen u. s. w.), sondern der Unfall muss vielmehr gerade durch die strafbare Uebertretung des Fabrikherrn verursacht sein, zwischen letzterer und der Verletzung also der Kausalzusammenhang hergestellt sein (s. A. S. d. b.-g. E. XIII. 62).[2]) Dagegen giebt das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, dass es mit dem Ausdrucke „strafrechtlich verfolgbare Handlung" nur solche Delikte habe bezeichnen wollen, die nach kantonalem Strafrechte im Verbrechens-

---

[1]) A. S. d. b.-g. Entsch. XII. 578, diese Revue V. S. 23 f.

[2]) Diese Revue V. Nr. 94.

oder Vergehensgrade strafbar sind, unter Ausschluss der blossen Uebertretungen. Wenn auch die Uebertretungen die leichtesten Delikte umfassen, so sind sie doch immerhin strafbare und daher strafrechtlich verfolgbare Handlungen. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vermag eine einschränkende Auslegung nicht zu rechtfertigen; dieselbe (s. Revue der Gerichtspraxis V. S. 23 u. f.) giebt keinen festen Anhaltspunkt dafür, dass, mag die Meinung des Antragstellers welche immer gewesen sein, die gesetzgebenden Räthe wirklich den Ausdruck „strafrechtlich verfolgbare Handlung" in einem andern, als dem ihm sprachlich zukommenden Sinne aufgefasst haben.

5. Der „Jahresverdienst" eines Lehrlings ist nicht einfach dem geringen Lohne gleichzusetzen, welchen derselbe in baar vom Lehrherrn empfangen mag, sondern es muss darauf Rücksicht genommen werden, dass die hauptsächlichste, unter Umständen einzige, Gegenleistung des Lehrherrn gegen die Dienste des Lehrlings in der beruflichen Lehre, der Anleitung zum Berufe, liegt, welche er dem Lehrling angedeihen zu lassen hat. Der ökonomische Werth, welchen dieser wesentlichste Theil der Leistung des Lehrherrn für den Lehrling besitzt, muss bei Berechnung des Jahresverdienstes des letztern mitveranschlagt werden. Dabei muss dann natürlich jeweilen nach Massgabe der konkreten Verhältnisse eine freie richterliche Abschätzung ex aequo et bono Platz greifen. (Entsch. vom 21. März 1890 i. S. Sigg c. Escher Wyss u. Cie.)

---

63. *Art. 2, 4, 5, 6 u. 19 des Markenschutzgesetzes. 1) Etiquette oder Waarenzeichen? 2) Oeffentliches Wappen in einem Waarenzeichen; Wirkung; 3) Begriff der vorsätzlichen Verletzung des Markenrechts.*

1. Es ist richtig, dass nach schweiz. Markenrecht die Etiquette nicht geschützt wird[1]), allein es ist klar, dass einem geschützten Waarenzeichen der Schutz nicht deshalb entzogen wird, weil es auf der Verpackung der Waare nach Art einer Etiquette, zum Zwecke der Etiquettirung, angebracht wird, sondern dass der Satz, das schweizerische Markenrecht schütze die Etiquette nicht, bloss bedeutet, dass die Etiquette (die Aufschrift der Waare) als solche (insofern sie nicht Marke,

---

[1]) S. Revue III. Nr. 11.

d. h. zum Markenregister angemeldet und auch wirklich eingetragen ist)[1]) keines selbständigen Schutzes geniesse.

2. Oeffentliche Wappen, welche in die Marke einer Privatperson aufgenommen werden, fallen allerdings nicht unter den Schutz des Gesetzes; dagegen ist die betreffende Marke in ihren übrigen Bestandtheilen vollständig schutzfähig.

3. Der Gewerbetreibende, welcher eine fremde geschützte Marke nachahmt, ohne sich irgend darum zu kümmern, ob dieselbe geschützt sei, handelt ebensowohl bewusst widerrechtlich wie derjenige, welcher von dem Eintrage der Marke Kenntniss erlangt hat, und kann sich nicht damit ausreden, er habe das Markenregister oder die Publikation im Handelsamtsblatte nicht nachgelesen und daher um den Eintrag der Marke nicht gewusst. Andernfalls wenn man sich bloss vor der Einsicht in das Markenregister zu hüten brauchte, um der strafrechtlichen Ahndung zu entgehen, wäre der strafrechtliche Schutz der Marke ohne praktische Bedeutung.[2]) (Entsch. v. 14. Februar 1890 i. S. Eichenberger.)

---

64. *Art. 5 und 20 des Markenschutzgesetzes. Kann der Nachahmer einer Marke sich vor der strafrechtlichen Verfolgung dadurch schützen, dass er dieselbe vor dem wahren Berechtigten hinterlegt?*

Die straf- sowie die civilrechtliche Verantwortlichkeit für die, nach dem Eintrage eines Zeichens für den wahren Berechtigten, begangene Markenrechtsverletzung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Nachahmer ein nachgeahmtes Zeichen vor dem wahren Berechtigten zum Eintrage gebracht hat. Die Priorität der Hinterlegung begründet lediglich für den ersten Hinterleger die Rechtsvermuthung, er sei der wahre Berechtigte. Diese Rechtsvermuthung kann durch Gegenbeweis widerlegt werden, und sofern dies geschieht, ist, bei Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen des Gesetzes, auch der erste Hinterleger für die von ihm seit dem Eintrage des Zeichens für den wahren Berechtigten begangenen Markenrechtsverletzungen straf- wie civilrechtlich verantwortlich. (Entsch. v. 25. April 1890 i. S. Vaissier.)

---

[1]) S. a. S. d. b.-g. E. XI. 137 Erw. 3.

[2]) S. a. S. d. b.-g. E. VII. 786; ferner Revue VI. Nr. 71.

65. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung bundesgesetzlicher Vorschriften (Markenschutzgesetz) durch kantonale Strafurtheile und Verfügungen kantonaler Anklagebehörden.*

Das Bundesgericht ist als Staatsgerichtshof zur Beurtheilung von Beschwerden kompetent, welche sich darauf stützen, dass ein kantonales Strafurtheil oder die Verfügung einer kantonalen Anklagebehörde, durch welche die Erhebung einer Strafklage wegen Markenrechtsverletzung abgelehnt wird, das eidgenössische Markenschutzgesetz verletze. Festzuhalten ist dabei aber, dass das Bundesgericht nur zu untersuchen hat, ob das angefochtene Urtheil grundsätzlich gegen das eidg. Markenschutzgesetz verstösst, dass es dagegen die Thatfragen nicht zu prüfen hat und nicht befugt ist, die Sache selbst materiell zu beurtheilen.[1]) (Entsch. v. 14. Februar, 11. April und 25. April 1890 i. S. Eichenberger, Völker u. Vaissier.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

66. *Représentation. Assentiment du mari à une vente d'immeubles de sa femme sans être porteur de pouvoirs réguliers. Applicabilité du C. O. Dommages-intérêts. Art. 48 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 13 mars 1890 d. l. c. Amiet c. Eggli et Cardis.

Fanny Eggli née Buffat et Marie-Louise-Anne Cardis née Buffat étaient propriétaires indivis, conjointement avec les masses Buffat-Dufresne et Buffat-Michaelis, de diverses immeubles sis au territoire de la commune d'Aigle. Les liquidateurs des masses Buffat et les maris des dites femmes Eggli et Cardis ont exposé ces immeubles à la vente aux enchères publiques, et l'ensemble des immeubles a été adjugé à David-Louis Amiet. L'adjudication a été ratifiée par les sieurs Eggli et Cardis déclarant représenter leurs femmes dans ces procédés. Après les enchères, la situation des femmes E. et C. a été exposée à leurs parents afin d'obtenir d'eux un refus de l'autorisation nécessaire pour passer l'acte, et la ratification de la vente a été refusée par les dames E.

---

[1]) S. a. S. d. b.-g. E. IX. 473 ff., ferner Revue III. Nr. 76.

et C. En conséquence, Amiet a actionné les maris Eggli et Cardis en payement de dommages-intérêts lui causés par la nullité de la vente. Le tribunal civil du district d'Aigle a admis les conclusions du demandeur. Eggli et Cardis ont recouru contre ce jugement, prétendant que vu qu'il s'agit d'une action en dommages-intérêts résultant de l'inexécution d'une promesse de vente, c'est le droit cantonal qui est applicable; que les enchères publiques étaient irrégulières; que les maris E. et C. ne se sont pas portés garants d'obtenir les autorisations de la part des parents de leurs femmes, et que les liquidateurs savaient ou devaient savoir qu'en matière de vente d'immeubles il ne peut y avoir de mandat tacite. Le Tribunal cantonal a écarté le recours et maintenu le jugement de première instance.

Motifs: En ce qui concerne le moyen consistant à dire que c'est le droit cantonal qui est applicable en l'espèce: qu'il ne s'agit pas d'une action intentée en vertu des art. 1114 et 1115 du C. c. Vaudois et qui tendrait à faire condamner P. Eggli et J. Cardis à des dommages-intérêts pour avoir refusé d'exécuter la promesse de vente.

Qu'en effet, les recourants ne sont pas les vendeurs eux-mêmes, soit les propriétaires des immeubles exposés aux enchères.

Que la présente action ne leur a été intentée que parce qu'ils s'étaient présentés vis-à-vis des miseurs comme des représentants de leurs femmes.

Qu'elle se présente, par conséquent, sous la forme d'une action personnelle en dommages-intérêts à laquelle sont applicables les dispositions du Code des obligations.

Que, dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner si les enchères revêtent les formes spéciales exigées par l'art. 1114 C. c.

Considérant, enfin, sur la question de savoir si et dans quelle mesure les recourants sont passibles de dommages-intérêts vis-à-vis d'Amiet, que les recourants ont déclaré représenter leurs femmes.

Que, dès lors, Amiet était fondé à croire que les recourants étaient porteurs de pouvoirs réguliers de leurs femmes pour procurer la vente.

Attendu qu'en matière de contrats conclus par représentants, si la ratification des engagements pris par le gérant est refusée, le co-contractant peut actionner le dit gérant en dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait su ou dû savoir d'après les circonstances que celui-ci était sans pouvoirs (C. O. 48).

Qu'en l'espèce, Eggli et Cardis n'ont pas rapporté la preuve qui leur incombait qu'Amiet savait ou devait savoir qu'ils étaient sans pouvoirs.

---

67. *Schadenersatz. Zurechnungsfähigkeit. Haftpflicht des Vaters für Delicte des Kindes. Art. 58, 61 O. R. B.-G. betr. persönl. Handlungsfähigkeit v. 22. Juni 1881, Art. 4.*

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts v. 10. Juli 1889.

Der 15 Jahre alte A. hat am 19. October 1888 im Weinberg seiner Eltern und mit Wissen derselben die Traubenwache gegen Staare mit Schrotschüssen geübt und nachher das Gewehr scharfgeladen und mit aufgesetzter Zündkapsel für sich zu späterem Gebrauche an einem Orte bereit gestellt, wo es auch von jedem Besucher der elterlichen Wirthschaft gesehen und weggenommen werden konnte. Darauf hat er sich auf weite Entfernung und für längere Zeit wegbegeben und es ohne jede Aufsicht stehen gelassen. — Am Nachmittage desselben Tages kam die Familie B. zum Besuche der Wirthschaft der Eheleute A. Der 10½ Jahre alte Knabe B. entdeckte das Gewehr und nahm es zu Handen. Der wiederholten Mahnung der erwachsenen Wirthstochter A., die Flinte wieder an Ort zu stellen, weil sie geladen sei, leistete er keine Folge, glaubte durch eigenes Hinabschauen in den Flintenlauf sich vom Nichtgeladensein überzeugt halten zu dürfen und manipulirte weiter, bis der Schuss losgieng. — Die Schrotladung flog dem zufällig herbeikommenden C., dem Spielkameraden des B., ins Gesicht und hatte für den C. den gänzlichen Verlust des einen Auges zur Folge, während beim andern Auge nur in einem Theil des Gesichtsfeldes eine Wahrnehmung von hell und dunkel noch erhalten blieb.

Die über den Vorfall angehobene Strafuntersuchung wurde im März 1889 von der Anklagebehörde dahin erledigt, dass beide Söhne A. und B. nach Art. 24 und 122 Strafgesetz wegen fahrlässiger Körperverletzung, weil noch nicht 16 Jahre alt, der elterlichen Züchtigung überwiesen wurden. — Der Vater des verwundeten Knaben C. klagt nun namens und für denselben gegen beide Söhne A. und B. und gegen deren Väter auf eine Entschädigung von Fr. 16,000.

Das Cantonsgericht hat die Entschädigung auf Fr. 7000 festgestellt und hievon, unter solidarischer Haftbarkeit beider Söhne fürs Ganze, dem jungen A. zwei und dem jungen B.

fünf Siebentel überbunden. Vater A. wurde nach Art. 61 O. R. für den seinem Sohn auferlegten Betrag haftbar erklärt. Vater B. hatte sich zum Voraus bereit erklärt, für die seinem Knaben vom Gericht allfällig zu überbindende Entschädigung einzustehen.

In Erwägung: Der 10½ Jahre alte Knabe B. kann trotz seines jugendlichen Alters und seiner strafrechtlichen Unmündigkeit civilrechtlich doch nicht als nichtzurechnungsfähig betrachtet werden, so dass er nur etwa ausnahmsweise und nur aus Rücksichten der Billigkeit nach Art. 58 O. R. schadenersatzpflichtig erklärt werden könnte. Er kann nicht zu jenen Personen gerechnet werden, welche keinen bewussten Willen haben, oder des Vernunftgebrauches beraubt und desswegen und für die Dauer gänzlich handlungsunfähig sind (Art. 4 B.-G. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881), sondern der Knabe B. erscheint, wenn auch von beschränkter Handlungs- und Vertragsfähigkeit, so doch als zurechnungsfähig für das, was er gethan hat, und verantwortlich für den von ihm widerrechtlich gestifteten Schaden. Er kennt die Bedeutung einer scharfgeladenen Schusswaffe genugsam und die damit verbundene Gefahr. Er war öfter dabei, wenn andere Knaben sich mit Rattenschiessen abgaben, und ist von seinem Vater schon oft und eindringlichst gewarnt worden, sich vor Schusswaffen in Acht zu nehmen und keine zu berühren.

Der 15 Jahre alte Sohn A. hat nach eigenem Geständniss gewusst, dass es gefährlich sei, ein scharfgeladenes Gewehr mit aufgesetzter Zündkapsel herumstehen zu lassen, und ist ebenfalls als zurechnungsfähig und civilrechtlich haftbar zu erklären für die schlimmen Folgen seiner Sorglosigkeit in Aufbewahrung seiner Waffe.

Dem Vater A. ist zwar nicht als ein Mangel an häuslicher Aufsicht zuzurechnen, wenn er seinen 15 Jahre alten Sohn bei der Traubenwache nicht auf Schritt und Tritt begleitete und vor und nach dem Staarenschiessen sich nicht jedesmal persönlich vergewissert hat, ob der Sohn das Gewehr in gefahrlosem Zustande an gefahrlosem Orte aufbewahre. Aber Vater A. hat in der Strafuntersuchung und vor Cantonsgericht das Hinstellen des scharfgeladenen Gewehrs mit aufgesetzter Zündkapsel in jene Mauerecke, wo es vom Knaben B. gefunden wurde, selbst nicht als ungehörig und fahrlässig gelten lassen, vielmehr zur Entlastung seines Sohnes geltend gemacht, dass seine Wirthshausbesucher an jenem Orte nichts zu schaffen und zu suchen haben, und

dass für sie daher durch das Hinstellen der Flinte in jene Ecke keine Gefährde vorlag. Daraus erhellt, dass Vater A. gegenüber seinem Sohne es jedenfalls an der elementarsten Anleitung, wie er sein Gewehr aufzubewahren habe, hat fehlen lassen, was ihm nach Art. 61 O. R. allerdings als Mangel an pflichtiger Sorgfalt in Ausübung der häuslichen Aufsicht zuzurechnen ist.

Dagegen kann Vater B. für die seinem Knaben überbundene Entschädigung nur aus seiner freiwillig abgegebenen Haftbarkeitserklärung befasst werden, und nicht aus Art. 61 O. R. Eine Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht erscheint bei ihm ausgeschlossen. Der Art. 61 stellt zwar die Haftbarkeit des Aufsichtspflichtigen für alle Fälle als Norm auf, „sofern er nicht darzuthun vermag, dass er das übliche und „durch die Umstände gebotene Mass von Sorgfalt in der „Beaufsichtigung beobachtet habe.“ Um aber Jemanden wegen Nichtleistung eines solchen Beweises haftbar zu erklären, muss sich der Richter doch irgend eine concrete Aufsichtshandlung vergegenwärtigen, die dem Aufsichtspflichtigen unter obwaltenden Umständen vernünftigerweise hätte zugemuthet werden können, deren Nichtübung dann allerdings Mangels gegentheiligen Beweises rechtlich vermuthet werden müsste.

---

68. *Schaden durch Thiere; Nachlässigkeit in der Verwahrung und Beaufsichtigung. Art. 65 O. R. Anfechtung eines Vergleiches wegen wesentlichen Irrthums über die Grösse der eigenen Leistung. Art. 18 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 18. Februar 1890 i. S. Suesstrunk c. Fröhlich.

Ein Lumpensammler und Bettler wurde, als er im Begriffe stand, in ein Haus einzutreten, sofort, nachdem er die Thüre geöffnet hatte, von dem im Innern des Hauses frei herumlaufenden Hund des Hausherrn angefallen und in die linke Hand gebissen. Diese Verwundung bewirkte ausser zeitweiser Arbeitsunfähigkeit eine dauernde Beeinträchtigung des Verletzten im Gebrauche der linken Hand, welche etwas steif wurde. Dies veranlasste Jenen, gegen den Hausbesitzer und Eigenthümer des Hundes Klage auf Schadenersatz zu erheben. Sein Anspruch wurde grundsätzlich gutgeheissen und dabei Folgendes ausgeführt:

Der Beklagte hafte gemäss Art. 65 O. R. für den durch seinen Hund dem Kläger zugefügten Schaden, wenn er nicht

beweise, dass er alle erforderliche Sorgfalt in dessen Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe; dieser Beweis sei aber nicht geleistet. — Der Besitzer einer Wohnung sei dafür verantwortlich, dass Leute, die ihn dort aufsuchen wollen, auch wenn sie bloss um Arbeit ausschauen oder seine Mildthätigkeit in Anspruch nehmen wollen, ungefährdet die Wohnung betreten können. Wer zu seiner Sicherheit einen Hund halte, der ihm die Ankunft fremder Personen anzeigen solle, sei verpflichtet, in dessen Verwahrung und Beaufsichtigung diejenige Sorgfalt anzuwenden, welche die ihm bekannten Eigenschaften des Thieres nothwendig machen. Der Beklagte habe seinen Hund keineswegs für ganz harmlos halten können, da derselbe schon früher einmal Jemanden gebissen habe und gewöhnlich an der Kette gehalten wurde; er habe voraussehen können, dass das Thier namentlich etwa Unbekannten von verdächtigem Aussehen gefährlich werden könne. Zu Vorsichtsmassregeln sei der Beklagte um so eher veranlasst gewesen, als sein Haus nicht ein abgelegener Bauernhof, sondern ein Wohnhaus mitten im Dorfe sei. Wenn er den Hund im Innern des Hauses habe frei herumlaufen lassen wollen, so hätte die Sorgfalt doch erheischt, entweder die Hausthüre abzuschliessen oder dann wenigstens eine Klingel bei derselben anzubringen, in welch' letzterem Falle das Läuten der Einlass wünschenden Person die Hausbewohner benachrichtigt und ihnen Gelegenheit gegeben hätte, den Hund zurückzuhalten. Beim Mangel aller dieser Vorkehrungen sei ein Fremder, auch wenn er beim Zuschreiten auf das Haus den Hund bellen gehört hätte, ausser Stande gewesen, hineinzugelangen, ohne sich der Gefahr auszusetzen, vom Hunde gebissen zu werden, was eine Vernachlässigung der Aufsicht über diesen in sich schliesse.

Im obenerwähnten Falle hatte der Verletzte, in der Meinung, dass die Folgen des Bisses unbedeutend sein werden, sich vom Eigenthümer des Hundes mit 15 Fr. abfinden lassen. Der Beklagte stellte daher im Processe die Einrede des Verzichtes auf weitere Forderungen, wurde aber damit abgewiesen. Motive: Jene Abmachung ist vom Kläger mit Recht wegen wesentlichen Irrthums angefochten worden, weil die Leistung, welche er damals versprach, nämlich der Verzicht auf seine Forderung aus Art. 65 des O. R., eine Leistung von erheblich grösserem Umfange war, als sein Wille sein konnte.

---

69. *Verjährungsfrist verschieden von vertragsmässig begrenzter Dauer eines Anspruchs. Unanwendbarkeit von Art. 148 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 18. October 1889 i. S. Scherrer c. Unfallversicherungsgesellschaft Zürich.

Ein im Zimmergeschäft G. und C. Scherrer angestellter Arbeiter war in Folge eines bei der Arbeit erlittenen Leistenbruchs gegen die Arbeitgeber auf Schadenersatz klagbar geworden und das Gericht hatte ihm 528 Fr. zugesprochen. G. und C. Scherrer klagten nun diese Summe gegen die Unfallversicherungsgesellschaft Zürich ein, bei welcher sie ihre Arbeiter collectiv versichert hatten. Die Beklagte erhob zwei Einwendungen: 1. das dem Arbeiter zugestossene Unglück falle nicht unter die Unfälle, gegen welche die Versicherung stattgefunden habe; 2. die Klage sei verspätet, da laut Policebestimmungen der nicht innerhalb sechs Monaten geltend gemachte Anspruch einredelos erlösche, diese Frist aber nicht eingehalten worden sei. Gegen letzteres replicierten Kläger, Art. 148 erkläre die Abänderung gesetzlicher Verjährungsfristen durch Vertrag für ungültig. Nur dieser letztere Punkt ist für uns hier von Interesse. Das Civilgericht hat sich darüber, unter Billigung des Appellationsgerichts durch Urtheil v. 5. Dec. 1889, folgendermassen ausgesprochen:

Es ist nicht richtig, wenn Kläger die Bestimmung des l^a 7 in § 8 der Policebestimmungen als dem Art. 148 O. R., welcher die gesetzlichen Verjährungsfristen als zwingendes Recht erklärt, zuwiderlaufend und deshalb als ungiltig bezeichnen. Denn jene Bestimmung der Police will nicht eine vom Gesetze abweichende Verjährungsfrist feststellen, sondern lediglich die zeitliche Dauer der Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag beschränken; sie enthält nur eine Befristung dieser Ansprüche. Ihre Wirkung soll also nicht sein, der Versicherungsgesellschaft eine Einrede wegen längerer Nichtausübung des Rechtes des Versicherungsberechtigten zu ermöglichen und damit diesen Anspruch zu einer obligatio naturalis herabzusetzen, sondern sie setzt positiv die Dauer des Anspruchs von vorneherein auf sechs Monate fest, nach deren im Sinne der Police unbenutzt verstrichenem Ablauf der Anspruch aufhört zu existieren. Dem entspricht die weitere Voraussetzung einer rechtswirksamen Feststellung der Versicherungsansprüche während der genannten Frist: Anerkennung durch die Gesellschaft, commissarische Entscheidung oder gerichtliche Klage. Diese Voraussetzungen sind

von den Unterbrechungsgründen der Verjährung wesentlich und ihrem ganzen Zweck nach verschieden; sie schreiben die Art und Weise der Geltendmachung bezw. Feststellung der Ansprüche des Versicherten vor, und damit ist die ganze Bestimmung des l* 7 von § 8 geradezu zur Bedingung verstellt für die rechtsgiltige Geltendmachung der Forderung des Versicherungsberechtigten: die Gesellschaft verpflichtet sich nur unter der Bedingung zur Zahlung einer Entschädigung, dass binnen 6 Monaten durch Anerkennung oder commissarischen Entscheid die Entschädigungsforderung festgestellt oder durch gerichtliche Klage eingeklagt ist. — Die citierte Bestimmung widerspricht deshalb dem Art. 148 des O. R. nicht.

---

70. *Cession unvollkommener Inhaberpapiere, Beschränkung der Cessionsfähigkeit durch Vereinbarung der Parteien. Art. 183 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 1. April 1890 in Sachen Naef-Wolf c. Schweiz. Rentenanstalt.

Professor L. Keiser in Zürich bezog von der Schweizerischen Rentenanstalt daselbst eine jährliche Altersrente von Fr. 1000, jeweilen zahlbar am 31. December. Am 9. October 1889 trat derselbe von der Ende dieses Jahres fälligen Rente den Theilbetrag von Fr. 400 an Naef-Wolf in Zürich ab. Dieser benachrichtigte die Rentenanstalt hievon unter Vorweisung der schriftlichen Cession und ersuchte die Anstalt, jenen Theilbetrag bei Verfall nur an ihn zu bezahlen. Die Rentenanstalt lehnte jedoch dieses Ansinnen unter Berufung auf den Inhalt der Versicherungspolice und auf ihre Statuten ab und zahlte nach Verfall die ganze Rente an Professor Keiser. Nun trat Naef-Wolf gegen die Schweizerische Rentenanstalt klagend auf mit dem Begehren, dass dieselbe jenen ihm cedirten Rentenbetrag nochmals, an ihn zu bezahlen habe; hiefür berief er sich auf die Cession. Die Klage wurde indess abgewiesen. Aus den Motiven sind folgende hervorzuheben: Während gewöhnliche Forderungen auch ohne Uebergabe einer für die Forderung vorhandenen Beweisurkunde abgetreten werden können, ist bei Inhaberpapieren die Gültigkeit der Abtretung an die Uebergabe der Urkunde geknüpft, in welcher sich die Forderung verkörpert. In Folge dessen können auch Inhaberforderungen, im Gegensatze zu den gewöhnlichen Forderungen, in der

Regel nicht theilweise sondern nur ganz an Dritte abgetreten werden; denn das Papier, welches sie repräsentirt, ist meistens untheilbar. Diese Beschränkung der Cessionsfähigkeit bei Inhaberpapieren kann durch einfache Vereinbarung der Contrahenten auch auf andere Forderungen ausgedehnt werden; denn nach Art. 183 O. R. sind Vereinbarungen, welche die Cessionsfähigkeit der Forderungen beschränken, ausdrücklich gestattet; im Gegensatze zu Verabredungen, welche jene erweitern.

Nun ist von vorneherein wahrscheinlich, dass bei den sogenannten unvollkommenen Inhaberpapieren die Gültigkeit der Cession gerade, wie bei den eigentlichen Inhaberpapieren, an die Uebergabe des Papieres geknüpft sei, freilich ohne dass damit das gesetzlich vorgeschriebene Erforderniss einer schriftlichen Cessionsurkunde für die gerichtliche Geltendmachung überflüssig würde. Da jedoch das Schweiz. O. R. den Begriff der unvollkommenen Inhaberpapiere nicht kennt, so ist jeweilen im einzelnen Falle zu prüfen, ob eine Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner in bezeichneter, die Cessionsfähigkeit einschränkender Richtung vorliege. Eine solche Prüfung stellt das jedoch gerade hier ausser Zweifel. Schon der Context der Versicherungspolice lautet dahin, dass die Altersrenten gegen Vorweisung der Rentenurkunde bezogen werden können, und es kann dies kaum einen andern Sinn haben, als dass die Rentenanstalt das Recht besitze, den Vorweiser der Urkunde als bezugsberechtigt zu betrachten. Noch deutlicher ergibt sich jene Vereinbarung aus § 19 der Statuten, welcher lautet: „Der Inhaber der Police gilt als redlicher Besitzer, die Rentenanstalt zahlt rechtsgültig an ihn und sie zahlt in der Regel nur an den Inhaber. Arreste, Schuldentriebe u. dgl. auf die Ansprüche der Einleger in die Rentenanstalt sind unzulässig, es müssen dieselben vielmehr auf die Police selbst gerichtet werden;“ denn damit ist, wie bei einer eigentlichen Inhaberforderung, nur dem Vorweiser des Papieres das Recht gegeben, die vertraglichen Rechte geltend zu machen, und es muss also auch der Cessionar in die Lage versetzt sein, das Papier vorweisen zu können, um gestützt auf die Abtretung Zahlung verlangen zu dürfen.

Man mag es bedauern, dass in Folge der aus einer solchen Vereinbarung sich ergebenden Beschränkung der Cessionsfähigkeit, der Inhaber einer Altersrentenpolice nicht einmal ganze Jahresrenten ohne Uebergabe der Police selbst zu cediren im Stande ist; denn das läge nicht nur in seinem

Interesse, sondern könnte auch die Rentenanstalt in keiner Weise benachtheiligen, insbesondere, wenn sie sich dazu herbeiliesse, die Police mit abtrennbaren Coupons für jede einzelne Altersrente zu versehen. Dagegen ist es leicht verständlich, wenn genanntes Institut sich jeder weitern Theilung der einzelnen Altersrenten widersetzt, weil eine solche und namentlich die Cession derartiger Theilforderungen die Administration in hohem Grade erschweren würde.

---

71. *Eigenthumsvorbehalt bei Verkauf wiefern zulässig. Art. 264 O. R.*

Aargau. Urtheil des Obergerichts v. 17. Januar 1889.

K. Weil verkaufte an N. N. eine Kuh; für den Kaufpreis liess er sich eine verzinsliche Obligation ausstellen mit der Clausel: „bis obstehende Summe bezahlt ist, bleibt benannte Kuh dem Weil als Eigenthum.“ Im Concurse des N. N. vindicierte Weil die Kuh, der Geltstagsverordnete wies ihn aber damit ab, weil Art. 264 O. R. nicht zutreffe und die Clausel eine Umgehung des Art. 219 enthalte. Das Obergericht liess die Vindication zu.

Motive: Art. 264 O. R. giebt dem Verkäufer das Recht, wegen Verzuges des Käufers vom Vertrage zurückzutreten und die übergebene Sache zurückzufordern, wenn er sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Man kann über die praktische Nützlichkeit dieser Bestimmung verschiedener Ansicht sein, aber sie besteht nun einmal zu Recht. . . . . . Wenn nun auch die Schlussclausel der Obligation dem Namen nach nicht als Rücktritts-, sondern als Eigenthumsvorbehalt erscheint, so entspricht sie doch immerhin ihrem Wesen nach den Anforderungen des Art. 264. Die Clausel weicht nur insofern von der Fassung jenes Artikels ab, als sie den ihm innewohnenden Gedanken verschärft, d. h. nicht nur die Vertragsaufhebung und die Rückforderung der Sache ausbedingt, sondern von vornherein dem Verkäufer das Eigenthumsrecht auf so lang vorbehält, bis der Kaufpreis bezahlt worden. Wollte man auch eine solche Erweiterung als unzulässig erklären, so wäre im Mehreren jedenfalls das zulässige Mindere enthalten und das Rückforderungsrecht auch nach der engeren Fassung des Art. 264 begründet. Allein dass eine solche Verschärfung resp. Erweiterung des in Art. 264 gestatteten Vorbehaltes zulässig ist, erhellt aus

den Commentaren unbestrittener Autoritäten[1]) und den Ausführungen des Urtheils der Zürcher App.-Kammer v. 4. Oct. 1887.[2]) Wenn das Bezirksgericht darauf abstellt, dass man durch Zulassung des Eigenthumsvorbehaltes in Widerspruch gerathe mit Art. 219 und 199 O. R., so ist darauf hinzuweisen, dass die Faustpfandbestellung und der Eigenthumsvorbehalt, wenn auch beide demselben Zwecke der Sicherstellung des Gläubigers dienen, doch rechtlich verschiedene Institutionen bilden. Dort übergiebt der Schuldner sein wirkliches Eigenthum dem Gläubiger in Gewahrsam; hier bleibt dagegen das Eigenthumsrecht beim Gläubiger zurück, bis letzterer bezahlt ist. Es kann also nicht gesagt werden, dass der Schuldner im Widerspruche mit Art. 219 im Besitze der von ihm als Pfand gegebenen eigenen Sache verbleibe. Und betr. den Art. 199, so folgt aus der Bestimmung, dass für den Eigenthumserwerb Besitzesübergabe erforderlich, noch keineswegs, dass die Besitzesübertragung beim Kaufvertrage ausnahmslos auch die Eigenthumsübertragung involviere. Eine gegentheilige Verabredung ist nach O. R. nicht ausgeschlossen.

---

72. *Pachtvertrag. Schadenersatzforderung des Pächters bei Annahme verspäteter Kündigung. Art. 314 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 9. Februar 1889.

R. M. verpachtete dem J. A. am 27. Juli 1886 seine Wirthschaft für einen jährlichen Pachtzins von 1100 Fr. und mit Dauer der Pachtzeit vom 1. August 1886 bis 24. Februar 1888; vereinbart wurde dabei, dass die Pacht, falls nicht ein Vierteljahr vor Ablauf der Pachtzeit aufgekündigt, für ein Jahr fortdauern solle. Am 30. Sept. 1887 verkaufte R. M. die Liegenschaft an E. auf den 24. Februar 1888, kündete aber dem J. A. die Pacht erst am 10. December 1887, und zwar auf 24. Februar. J. A. antwortete ihm, dass er zwar die Pacht infolge der Kündigung auf 24. Februar aufgeben werde, sich aber seine Rechte auf Schadenersatz vorbehalte. Er klagte dann auch gegen R. M. den Betrag eines Jahreszinses von 1100 Fr. ein, weil auf den 24. Febr. 1888 nicht

---

[1]) Mit einem solchen Grunde sollte aber kein Gericht die unterliegende Partei abspeisen, am allerwenigsten in einer so controversen Frage wie der vorliegenden. Vgl. diese Revue VI Nr. 15, 66, 83. VII Nr. 44.

[2]) Diese Revue VI Nr. 15.

rechtzeitig gekündigt worden sei und somit laut Vertrag die Pacht bis 24. Febr. 1889 hätte fortdauern sollen. Der Beklagte bestritt die Forderung, weil Kläger die Aufkündung nicht angefochten und dadurch sich mit ihr einverstanden erklärt habe. Das Obergericht sprach dem Kläger 400 Fr. zu.

Motive: Es steht fest, dass der Beklagte den Pachtvertrag, nachdem die Frist zur Kündigung auf den 24. Februar 1888 abgelaufen war und daher die Pacht wieder bis 24. Februar 1889 hätte fortdauern sollen, gleichwohl nachträglich auf jenen ersten Zeitpunkt und also in diesem Sinn vorzeitig gekündigt hat. Unzweifelhaft hätte Kläger diese Aufkündigung mit Erfolg bestreiten können. Es fragt sich daher, ob, nachdem er das nicht gethan, sondern die Aufkündigung freiwillig anerkannt, dagegen bloss seine Rechte auf Schadenersatz sich gewahrt hat, er sich nicht dieser Ansprüche auf Schadenersatz begeben habe. Diese Frage ist zu verneinen. Die Anerkennung der Aufkündigung erfolgte unter ausdrücklicher Wahrung der Ansprüche auf Schadenersatz. Diese Stellungnahme war für den Kläger insofern wenigstens keine nachtheilige, dass dadurch neben dem Verzicht auf Haltung des Vertrages auch der Verzicht auf daherige Schadenersatzansprüche abgeleitet werden könnte und müsste.

(Die weitere Erörterung bezüglich Festsetzung des Schadenersatzbetrages von Fr. 400 bietet kein besonderes juristisches Interesse.)

---

73. *Werkvertrag. Uebernahme einer Garantie für die Arbeit auf längere Zeit befreit den Bauherrn von sofortiger Prüfung und Rüge. Art. 357 und 361 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 4. Februar 1890.

Ein Baumeister übernahm die Ausführung der für zwei Neubauten nothwendigen Erd-, Maurer- und Steinhauerarbeiten und verpflichtete sich, „für die Solidität seiner Arbeiten“ eine Garantie von zwei Jahren vom Tage der Beendigung der Baute an gerechnet zu leisten. Im Mai 1888 wurde die Baute übergeben und 11 Monate später liess der Bauherr durch das Gemeindeammannamt eine Reihe von Mängeln constatieren, die nach seiner Meinung durch Unsolidität der Arbeiten verschuldet seien. Er klagte, da er den Accordpreis schon bezahlt hatte, auf Ersatz des Minderwerths

gegen den Baumeister. Dieser machte stillschweigende Genehmigung des Werkes gemäss Art. 357 und 361 O. R. geltend und das Bezirksgericht erklärte diesen Standpunkt für begründet. Die zweite Instanz dagegen sprach dem Kläger sein Begehren zu, soweit die Mängel von Unsolidität der Arbeit herrühren.

Motive: Die Einrede der stillschweigenden Genehmigung des Werkes im Sinne der Art. 357 und 361 O. R. ist unbegründet, soweit es sich um Mängel handelt, welche auf Unsolidität der gelieferten Arbeiten zurückgeführt werden müssen, weil die Rügefrist bezüglich derartiger Mängel durch die vom Beklagten eingegangene Garantie auf zwei Jahre erstreckt, d. h. erklärt worden ist, es solle der Bauherr Mängel genannter Art solang geltend machen dürfen als die Garantiefrist läuft. Der Ausdruck „Garantie“ ist zwar ein ziemlich unbestimmter und es kann darunter (vgl. Hafner, Comm. Nr. 4 zu Art. 257) bisweilen auch nur eine Erstreckung der Verjährungsfrist gemeint sein; allein dies ist keineswegs die Regel, namentlich nicht beim Werkvertrage, welcher die Verjährungsfrist des Art. 257 nicht kennt (s. Art. 362 Abs. 2 O. R.). Hier bedeutet die Uebernahme der Garantie vielmehr regelmässig eine Erstreckung der Rügefrist, d. h. es ist jede innerhalb der Garantiezeit gemachte Anzeige eines Mangels als rechtzeitig geschehen zu betrachten. Eine solche Garantie hat im vorliegenden Falle auch einen guten Sinn, denn obschon die Unsolidität von Erd-, Maurer- und Steinhauerarbeiten zum Theil sofort constatiert werden kann, so ist dies doch mit Schwierigkeiten verbunden, während ein gewisser Zeitablauf alle diese Mängel in der Regel so zu Tage treten lässt, dass sie sich viel leichter constatieren lassen. Garantiefristen in diesem Sinne sind daher auch bei solchen Bauten allgemein üblich. Dagegen darf diese Garantie nicht ausdehnend interpretiert werden. Sie erstreckt sich nach ihrem Wortlaute nur auf solche Mängel, welche durch Unsolidität der Arbeiten, also entweder schlechtes Material oder Pfuscharbeit, verschuldet worden sind, und nicht auch auf solche, welche aus andern Ursachen herrühren. Bezüglich dieser letzteren ist, insofern es sich nicht um verborgene Mängel handelt, das Rügerecht durch stillschweigende Genehmigung verwirkt.

---

74. *Auftrag zum Incasso. Umfang der Diligenz des Beauftragten. Art. 396 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 5. April 1890 i. S. Heusler c. Von Speyr & Cie. u. Zwilchenbart.

Ein im Vermögen des E. H. befindlicher bond Union Pacific Railroad Company von 1000 Dollars war auf 1. April 1889 zur Rückzahlung ausgeloost und wurde von dem Vermögensverwalter des H. dem Bankhause Von Speyr & Cie. mit Bordereau vom 21. März 1889 „zur Zahlung eingeliefert". Mit Bordereau vom 23. März übersandten hierauf V. Sp. & C. Fr. 5160 (den Dollar zum Curse von Fr. 5. 16 gerechnet) als Gegenwerth. Nachher machte H. seinen Verwalter darauf aufmerksam, dass der Titel laut den darauf abgedruckten Anleihensbedingungen mit 1100 Dollars rückzahlbar war. Auf bezügliche Reclamation lehnten V. Sp. & C. jede Nachzahlung ab, daher E. H. Klage auf Zahlung von Fr. 516 (100 Dollars) erhob. Die Beklagten bestritten ihre Zahlungspflicht, weil sie kein Incassomandat erhalten und ausgeführt, sondern den Titel gegen sofortige Bezahlung des Gegenwerthes, der nach ihrer und des Tradenten Meinung 1000 Dollars gewesen, gekauft hätten; auch sie selbst hätten den Titel nicht direkt eincassiert, sondern ihn an A. Zwilchenbart zum Curse von 5. 18 begeben und von diesem Fr. 5180 dafür erhalten. Auch ein Incassomandat angenommen, könne ihre Haftbarkeit für die weiteren 100 Dollars nicht aufgestellt werden, da ihnen unter keinen Umständen habe die Pflicht obliegen können, den ganzen langen eng gedruckten Text des Titels, an dessen Ende die Rückzahlung mit 1100 Dollars stipuliert sei, zu lesen, sondern sie nur den an der Spitze des Titels in Evidenz prangenden Werth von 1000 Dollars zu berücksichtigen gehabt hätten und die Gegenpartei sie auf Mehreres hätte aufmerksam machen müssen. Der von ihnen ins Recht gerufene A. Zwilchenbart erklärt gegenüber der Regressklage der Beklagten, dass er im gleichen Falle sei wie sie, auch er habe den Titel gekauft und nicht selbst eincassiert, sondern einem Ticket-Agenten zur Ausgleichung einer Rechnung weiter begeben. Dieser letztere habe den Profit in die Tasche gesteckt.

Das (vom Appellationsgericht am 8. Mai 1890 bestätigte) Urtheil des Civilgerichts verurtheilte die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 516 an den Kläger und den Litisdenunciaten zur Zahlung von Fr. 518 an die Beklagten.

Motive: Es ist als erwiesen anzunehmen, dass der fragliche Titel mit 1100 Dollars rückzahlbar war und dass

der letzte Inhaber vom Schuldner auch wirklich diesen Betrag ausbezahlt erhalten hat.

Das zwischen der Klägerin und den Beklagten abgeschlossene Geschäft ist nach den Acten und nach der für rückzahlbare Titel und fällige Coupons im Verkehr geltenden Uebung als ein Auftrag zum Incasso aufzufassen und ist daher nach den für das Mandat geltenden Grundsätzen zu beurtheilen.

Das Mandat, das von der Klägerin ertheilt und von den Beklagten angenommen wurde, ging nun offenbar auf den Incasso des übergebenen Titels, der mit 1100 Dollars rückzahlbar war. Allerdings waren bei Abschluss des Rechtsgeschäftes beide Theile der irrthümlichen Meinung, dass der Titel nur mit 1000 Dollars rückzahlbar sei. Allein dieser Umstand kann die Beklagten nicht befreien; denn die Beklagten waren verpflichtet, das übernommene Mandat auszuführen und einzucassieren, was aus dem Titel erhältlich ist, und zwar um so eher, als von den Beklagten als Bankiers, zu deren Geschäftskreis die Uebernahme solcher Incassomandate gehört, eine besondere Sorgfalt verlangt werden kann. Die Einwendung, dass die Bestimmung der Rückzahlbarkeit mit 1100 Dollars in nicht auffälliger Schrift in den Text eingefügt sei, ist selbstverständlich unerheblich, da das einfache Lesen des Titels die Beklagten über den richtigen Sachverhalt unterrichten musste. Auch die Einrede, dass sie selbst nicht mehr für den Titel erhalten haben, kann sie nicht befreien. Haben sie den Titel an einen Dritten fest verkauft, auf den sie keinen Regress nehmen können, so haben sie das auf ihre Gefahr gethan. Haben sie aber die Besorgung des Geschäftes den Streitberufenen übertragen, wozu sie allerdings befugt waren, so kann ihnen zwar aus der Wahl derselben kein Vorwurf erwachsen, wohl aber aus der Instruction derselben. Denn es ist unzweifelhaft, dass wenn sie die Streitberufene richtig instruiert hätten, der ganze Betrag des Titels zu Handen ihres Auftraggebers eingegangen wäre. — Die Beklagten haften daher dem Auftraggeber für den durch unrichtige Ausführung des erhaltenen Auftrages entstandenen Schaden im Umfang der Klage.

Was das zwischen den Beklagten und der Streitberufenen abgeschlossene Rechtsgeschäft betrifft, so ist es in gleicher Weise aufzufassen, wie dasjenige zwischen der Klägerin und den Beklagten. Die Streitberufene ist daher aus den gleichen Gründen den Litisdenuncianten gegenüber haftbar zu erklären.

---

75. *Commissionnaire. Vente à une personne non denommée. Art. 444, 446 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 14 novembre 1889 d. l. c. Mintz frères c. Astruc.

Mintz frères ont chargé Astruc de vendre une partie de 45 sacs de haricots à raison de 28 fr. ³/₄ par 100 kilos. Astruc a accepté la commission, moyennant la possibilité de prendre des échantillons. Le 12 décembre, il leur télégraphia: „Haricots vendus“, et le 14, il leur écrivit le contraire en déclarant qu'il allait vendre par lots la marchandise. Mintz frères soutiennent qu'Astruc est obligé de conserver comme acheteur la marchandise en vertu de sa dépêche du 12 décembre. Le Tribunal leur a donné gain de cause.

Motifs: Vu les art. 444 et 446 C. O.

Attendu que, lorsque le commissionnaire annonce, en pareille occurrence, l'exécution du mandat au commettant sans lui désigner une autre personne comme acheteur, il est censé avoir personnellement assumé les obligations qui incombent à l'acheteur;

Attendu que dans la dépêche susvisée, A. n'a donné aucun nom d'acheteur; qu'ainsi les explications assez peu nettes qu'il base sur ce que l'acheteur se serait refusé à exécuter le contrat postérieurement et sur le vu des échantillons, ne supportent pas l'examen; que si l'on admettait une telle façon de procéder, surtout dans les marchés en gros, il serait très facile aux commissionnaires de faire des spéculations personnelles, aux risques et périls de leurs commettants, en déclarant, lorsqu'ils y verraient un avantage particulier, la marchandise vendue, et lorsque l'opération tournerait mal, en les avertissant que la vente annoncée a été déclarée nulle.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

76. *Art. 30 Abs. 4 des B.-Ges. über Organis. der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichts in Civilsachen. Gebundenheit des B.-Gerichts an die Thatsachenfeststellung des kant. Gerichts. Mangelhafte Feststellung.*

Bei Schadensersatzprozessen sind die thatsächlichen Grundlagen der Schadensschätzung des kant. Gerichts dem Angriffe beim B.-Gerichte entzogen. Hat aber das kantonale Gericht die thatsächlichen Grundlagen seiner Schätzung nicht angegeben, sondern z. B. zur Begründung der ausgeworfenen Entschädigung lediglich bemerkt, dieselbe erscheine den Verhältnissen angemessen, so hat das B.-Gericht den Schaden selbst festzustellen und danach die Entschädigung zu bemessen. (Entsch. d. B.-G. v. 23. Februar 1889 i. S. Apotheloz c. S. O. S.; A. S. XV. S. 265 ff. und v. 15. Dezbr. 1888 i. S. Cruchon c. S. O. S.; A. S. XIV. S. 606 ff.)

---

77. *Verhältniss des eidgen. O. R. zum kantonalen Recht. Schadensersatzfolge einer unerlaubten Handlung oder sachenrechtliche Bestimmung?*

Das Gesetzbuch für den Kanton Unterwalden nid dem Wald (Bd. I, S. 664) enthält unter den „Gesetzen und Verordnungen, welche sich auf das Sachenrecht beziehen," folgende Bestimmung: „Von Holz legen. Wer holzet zu seinem „Haus oder anderswo, und einer nit so viel eigen Land bey „seinem Haus, dass er das Holz auf das seine legen möchte, „und aber Allmend bey seinem Haus hat, der soll zuerst „das Holz auf die Allmend legen, doch den Strassen und „Viehwegen ohne Schaden; wo er es aber nit auf die All„mend legen mag, soll einer dann wohl Gewalt haben, solches „Holz auf einesen Gut, damit er es nit in sein Krautgarten „legen müsse, jedoch zum Gelegnesten, und nit länger bis „zum alten Mitte Merzen, dannethin mag der es zu sei„nen Handen nemmen, auf dessen Gut oder Platz es

„gelegt ist." Das kantonale Gericht nahm an, dass der Schlusssatz „dannethin" u. s. w. mit Art. 50 ff. O. R. in Widerspruch stehe und daher aufgehoben sei. Das Bundesgericht hiess jedoch den gegen diesen Entscheid ergriffenen Rekurs gut.

Gründe: Das nidwaldensche Gesetz „vom Holzlegen" enthält nicht eine Vorschrift über Schadenersatz aus unerlaubter Handlung, sondern eine Vorschrift des kantonalen Sachenrechts. Es statuirt eine Legalservitut, kraft deren fremdes Grundeigenthum innert gewisser Schranken zur Ablagerung von Holz benutzt werden darf, und knüpft an die Ueberschreitung der aus derselben sich ergebenden Berechtigung die Folge, dass der Eigenthümer des widerrechtlich liegen gelassenen Holzes sein Eigenthum an demselben zu Gunsten des Grundeigenthümers verliert, beziehungsweise dass letzterer das Holz „zu Handen nehmen", sich aneignen darf. Es normirt also nicht die Schadenersatzfolgen einer unerlaubten Handlung, sondern enthält eine mit dem Immobiliarsachenrechte zusammenhängende Regel über Erwerb und Verlust des Eigenthums an beweglichen Sachen durch Verwirkung und Aneignung. Derartige Vorschriften des kantonalen Sachenrechtes, welche an eine Ueberschreitung eines Rechtes, speziell einer Legalservitut, nicht Schadenersatzfolgen, sondern vielmehr die Folge der Eigenthumsverwirkung knüpfen, werden aber durch das eidgenössische Obligationenrecht nicht berührt. (Entsch. v. 16. Mai 1890 i. S. Imboden; A. S. XVI Nr. 44.)

---

78. *Art. 9 O. R. Verhältniss dieser Bestimmung zu den Vorschriften des kantonalen (französischen) Rechts über die beschränkte Zulassung des Beweises durch Zeugen u. s. w.*

Durch Art. 9 O. R. sind die Vorschriften des kantonalen Rechts (speziell Art. 1341 ff. des im Kanton Genf geltenden Code civ. franç.) über die beschränkte Zulassung des Beweises durch Zeugen nicht beseitigt.[1]) (Entsch. v. 5. Juli i. S. Niedergang c. Glenk.)

---

[1]) Vgl. Struckmann-Koch, Commentar z. deutsch. C. P. O. 5. Aufl. S. 973 Anm. 4 und die übrigen Commentare zu dieser Gesetzesbestimmung; ferner Zeitschrift f. schw. Recht XXIV. S. 481 ff., 527 ff., 609 ff.

79. *Verhältniss des eidgen. O. R. zum kantonalen Recht; Art. 10 O. R. Unterliegt sowohl der dingliche als der obligatorische Grundpfandvertrag dem kantonalen Rechte?*

Das Pfandrecht an Liegenschaften wie die andern dinglichen Rechte an unbeweglichen Sachen untersteht bezüglich seiner Entstehung, seiner Wirkungen und seines Unterganges ausschliesslich dem kantonalen Rechte; der dingliche Grundpfandvertrag richtet sich also durchaus nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Rechte. Fragt es sich, ob dies auch in Betreff des obligatorischen Pfandvertrages, des Pfandversprechens gelte, so enthält das O. R. eine ausdrückliche Vorschrift, wodurch für Pfandverträge über Liegenschaften das kantonale Recht allgemein vorbehalten würde, wie sie in Art. 231 für die Liegenschaftskäufe aufgestellt ist, nicht. Allein aus der Gesammtheit seiner Bestimmungen wie aus dem engen Zusammenhange, welcher zwischen der dinglichen und der obligatorischen Seite des Pfandvertrages besteht, muss doch abgeleitet werden, dass das kantonale Recht auch für die Pfandverträge über Liegenschaften allgemein und nicht nur rücksichtlich der dinglichen Wirkungen habe vorbehalten werden wollen. Pfandversprechen und Bestellung des dinglichen Pfandrechtes stehen unverkennbar im engsten Zusammenhange; für die Erfordernisse der Gültigkeit und die Wirkungen des ersteren ist die gesammte Gestaltung des kantonalen Hypothekarrechtes von ausschlaggebender Bedeutung. Es muss daher der Natur der Sache nach das gleiche objektive Recht, welches die Entstehung des dinglichen Pfandrechtes beherrscht, auch für das Pfandversprechen gelten; das gleiche Recht, welches die Entstehung der Grundversicherung normirt, muss auch die Voraussetzungen bestimmen, unter welchen ein (obligatorischer) Anspruch auf solche erworben wird, und welches die Wirkungen desselben sind. Wie das O. R. in einer Reihe von Bestimmungen (vgl. Art. 105, 130, 146, 198, 414, 337) für grundversicherte Forderungen überhaupt und das grundversicherte Darlehen insbesondere mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang der Materie mit dem kantonalen Hypothekarrechte das kantonale Recht vorbehalten hat, so muss dies auch für das Pfandversprechen über Liegenschaften anerkannt werden. Wenn speziell daraus, dass Art. 10 des O. R. nur für die Form von Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, das kantonale Recht ausdrücklich vorbehält, rücksichtlich der materiellen Erfordernisse und der Wirkungen von Grundpfandversprechen das Gegentheil abgeleitet werden wollte,

so ist ein solches arg. e contrario aus Art. 10 cit. nicht zulässig; dies ergiebt sich schlagend daraus, dass Art. 10 auch für die Schenkungen nur bezüglich der Form das kantonale Recht vorbehält, während doch keinem Zweifel unterliegen kann, dass in That und Wahrheit der Schenkungsvertrag überhaupt vom eidgenössischen Rechte nicht normirt wird, sondern dessen Regelung dem kantonalen Rechte vorbehalten ist. Wie für die Schenkung, so muss auch für den obligatorischen Grundpfandvertrag, das Grundpfandversprechen, nach der gesammten Lage der eidgenössischen Gesetzgebung das kantonale Recht als stillschweigend vorbehalten gelten, aus dem Stillschweigen des Bundesgesetzes rücksichtlich dieser Verträge der Verzicht des eidgenössischen Gesetzgebers, dieselben zu normiren, abgeleitet werden. (Entsch. v. 13. Juni 1890 i. S. Bruhin c. Bruhin.)

---

80. *Art. 18, 19, 21 und 72 O. R. Anfechtung resp. Rückforderung einer Bürgschaftsverpflichtung für eine verjährte Wechselschuld wegen wesentlichen Irrthums resp. wegen ungerechtfertigter Bereicherung.*

1. Der Indossant eines Wechsels, welcher in Unkenntniss des Umstandes, dass der Regressanspruch gegen ihn verjährt ist, im Glauben, er hafte noch aus dem Indossament, Bürgschaft für die Wechselschuld des Wechselausstellers geleistet hat, kann sich der Verbindlichkeit der Bürgschaftsverpflichtung nicht wegen wesentlichen Irrthums entziehen.

2. Art. 72 O. R. bezieht sich nicht nur auf Zahlungen, sondern auch auf andere Leistungen, z. B. auch auf Bürgschaftsverpflichtungen, welche ein Wechselindossant, nachdem der Regressanspruch gegen ihn verjährt ist, für die Wechselschuld des Ausstellers eingeht. (Entsch. v. 13. April 1888 i. S. Depierraz c. Vauthey; A. S. XIV. S. 285 ff.)

---

81. *Art. 50 und 55 O. R. Inwiefern sind Verdächtigungen eines in einer Strafuntersuchung Betheiligten gegen Dritte als unerlaubte Handlungen zu betrachten?*

Aussagen Betheiligter in einer Strafuntersuchung, wodurch Verdachtsmomente gegen Dritte vorgebracht werden, können auch dann, wenn diese Aussagen sich nachträglich als grundlos herausstellen, nicht ohne Weiteres als rechtswidrig und schuldhaft bezeichnet werden. Wer in derartigen

Fällen zu Wahrung eigener Interessen den zuständigen Behörden Angaben macht, handelt auch dann noch nicht rechtswidrig und schuldhaft, wenn seine Aussagen unrichtig sind und es vielleicht dritten Unbetheiligten leicht erkenntlich sein mag, dass dieselben auf ungenügenden Anhaltspunkten beruhen. Frivole oder gar wider besseres Wissen und Gewissen erhobene Verdächtigungen dagegen könnten allerdings auch durch das an sich begreifliche Bestreben, zu Wahrung der eigenen Interessen den Behörden alle irgend gedenkbaren Anhaltspunkte an die Hand zu geben, nicht entschuldigt werden. (Entsch. v. 12. Juli 1890 i. S. Fuchs c. Wicki.)[1])

---

82. *Art. 50, 62 und 115 O. R. Haft des Geschäftsherrn aus unerlaubter Handlung und aus Vertrag. Beweislast. Haftet der Arbeitgeber für die körperliche Integrität des Arbeiters?*

1) Für die Haftung des Geschäfts- (Dienst-)herrn aus Vertrag gelten wesentlich andere Grundsätze als für seine Verantwortlichkeit aus unerlaubter Handlung. Während, so weit letztere in Frage steht, die Beweislast den Kläger trifft und der Geschäftsherr für seine Leute nur da haftet, wenn er nicht den in Art 62 O. R. vorbehaltenen Entschuldigungsbeweis erbringt, hat umgekehrt, sofern es sich um eine Haftung aus Vertrag handelt, der Geschäftsherr zu beweisen, dass ihn ein Verschulden nicht treffe, und haftet er gemäss Art. 115 O. R. für seine Leute unbedingt, ohne sich durch den Nachweis, dass ihn ein Verschulden in der Auswahl oder Beaufsichtigung u. s. w. nicht treffe, befreien zu können.

2) Es kann nicht von vornherein abgelehnt werden, dass der Arbeitgeber aus dem Dienstvertrag verpflichtet sei, für die Sicherheit seiner Arbeiter wegen Berufsgefahren die erforderlichen und nach den Verhältnissen zu erwartenden Vorsichtsmassregeln zu treffen. Allerdings spricht das Gesetz eine solche vertragliche Verpflichtung nirgends ausdrücklich aus; allein es muss sich doch fragen, ob eine solche nicht aus der Natur des Verhältnisses und den Regeln der guten Treue sich von selbst ergebe, wie dies in der Doctrin und Praxis[2]) vielfach angenommen wird. Nimmt man eine solche

---

[1]) Das Urtheil führt dann weiter aus, dass dagegen solche ausserhalb der Strafuntersuchung gegenüber Dritten erfolgte Verdächtigungen unter Art. 55 O. R. fallen können.

[2]) Vgl. Sainctelette, de la Responsabilité et de la Garantie etc., bes. S. 110 ff.; Entsch. des deutschen R.-G. in Civilsachen VIII. 151;

Verpflichtung an, so ist es Sache des Arbeitgebers, wenn ein Arbeiter in Ausübung seiner Dienstverrichtungen verletzt wird, nachzuweisen, dass er seinerseits die nöthigen Sicherheitsvorkehrungen getroffen und der Unfall somit nicht durch einen Mangel der vertraglichen Sorgfalt auf seiner Seite verursacht sei. (Entsch. v. 19. Juli 1890 i. S. Fritschi c. Schmid.) [1])

---

83. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Berechnung des Streitwerthes bei eventuellen Ansprüchen. Art. 229 O. R. Welche Güter können Gegenstand eines Kaufvertrages sein? Kaufvertrag oder Dienstvertrag?*

1) Wo neben einem primär eingeklagten Anspruch (z. B. auf Erfüllung eines Vertrages) eventuell ein weiterer Anspruch (auf Schadenersatz u. dgl.) geltend gemacht wird, bestimmt sich der Werth des Streitgegenstandes nach dem höherwerthigen Anspruche.

2) Gegenstand eines Kaufvertrages können nach Art. 229 O. R. nur rechtlich geschützte Güter (Sachen oder Rechte irgend welcher Art) sein, da nur bei solchen eine Uebertragung zu „vollem Rechte", zu rechtlichem, nicht nur thatsächlichem Haben möglich ist. Nur auf Uebertragung derartiger Güter passt auch eine grosse Zahl der gesetzlichen Bestimmungen über den Kaufvertrag (z. B. die Vorschriften über Entwehrung). Verträge über Einräumung rein factischer, rechtlich nicht geschützter Vortheile z. B. betreffend Mittheilung gewerblicher Manipulationen[2]) erscheinen nicht als

---

XII. 45; XV. 52; XXI. 79. Seufferts Archiv Bd. 40 Nr. 231. Steinbach, die Grundsätze des heutigen Rechts über Ersatz von Vermögensschaden S. 42, 54 ff. Mataja, das Recht des Schadensersatzes S. 38 ff.

[1]) In casu war der beim Beklagten als Knecht angestellte Kläger bei Bedienung einer Futterschneidemaschine verletzt worden. Derselbe belangte nun den Beklagten gestützt auf Art. 50 und 62 O. R. auf Schadenersatz, indem er theils ein Verschulden des Beklagten selbst, theils ein solches des Nebenarbeiters behauptete. Beklagter bestritt, dass es sich um einen Delictsanspruch handle, indem er den Standpunkt einnahm, es könne sich nur um ein kontraktliches Verschulden handeln.

[2]) Kläger hatte behauptet, dass er dem Beklagten ein neues, von ihm in Crefeld bei einem Seidenfärber entdecktes Färbereiverfahren mitgetheilt und Beklagter sich dagegen verpflichtet habe, ihm eine gewisse Vergütung so lange zu bezahlen, als er dieses Verfahren verwerthe. Irgendwelches ausschliessliche Recht auf Berufung seiner Kenntnisse im Färbeverfahren stand dem Kläger nicht zu.

Kaufverträge, überhaupt nicht als Verträge über Sachleistungen, sondern als Verträge über Handlungen, als eigenthümliche Form des Dienstvertrages. Es wird nicht die Uebereignung einer körperlichen oder unkörperlichen Sache gegen einen Kaufpreis, sondern eine persönliche Dienstleistung thatsächlicher Art, gegen Entgelt stipulirt. S. Bechmann, Kauf, Bd. II § 149 S. 140 u. f. (Entsch. vom 13. Juni 1890 i. S. Altweg c. Schetti.)[1]

---

84. *Art. 231 O. R. Vertrag über Vorkaufsrecht betr. Liegenschaften. Gilt eidg. oder kantonales Recht?*

Gemäss Art. 231 O. R. gilt für Kaufverträge über Liegenschaften in allen Richtungen das kantonale Recht. Dies muss auch für Kaufversprechen in Betreff von Liegenschaften, insbesondere für das Versprechen gelten, bei allfälliger zukünftiger Veräusserung einer Liegenschaft dem Gegenkontrahenten die Vorhand zu überlassen. Hier wird zwar nicht ein unbedingter präsenter Kauf über eine Liegenschaft abgeschlossen, wohl aber wird der Abschluss eines Liegenschaftskaufes für eine bestimmte Eventualität versprochen. Derartige Verträge über die eventuelle zukünftige Veräusserung einer Liegenschaft müssen, der Natur der Sache nach, rücksichtlich ihrer Gültigkeit und ihrer Wirkungen dem gleichen Rechte unterstehen, wie der Kaufvertrag selbst, d. h. dem kantonalen Rechte; auch bei ihnen handelt es sich, wie bei dem Kaufvertrage selbst, um den nach Art. 64 B. V. dem kantonalen Rechte vorbehaltenen Liegenschaftsverkehr. (Entsch. vom 9. Mai 1890 i. S. Haas c. Himmler und Peter. A. S. XVI N° 54.)

---

85. *Werkvertrag; Art. 350 ff. O. R. Haft des Unternehmers wegen Unterlassung der nothwendigen Vorsichtsmassregeln gegenüber dem Bauherrn. Inwiefern liegen auch dem Bauherrn in dieser Richtung Pflichten ob?*

Der Unternehmer ist beim Werkvertrage zu sorgfältiger Ausführung des ihm verdungenen Werkes vertraglich verpflichtet und haftet dem Besteller für jedes Verschulden vertraglich, welches er selbst oder seine Leute in Ausführung

---

[1]) Das Urtheil bemerkt noch, dass in casu auch nicht das mindeste dafür spreche, dass der Parteiwillen dahin gegangen sei, das Rechtsverhältniss den Regeln des Kaufvertrages zu unterstellen.

des Vertrages begehen (vergl. Art. 113, 115, 351 O. R). Zur sorgfältigen Ausführung des verdungenen Werkes gehört aber in aller Regel, sofern nicht etwa der Besteller selbst dies übernommen hat und dergleichen, auch, dass der Unternehmer bei Ausführung des Werkes die nach den Verhältnissen gebotenen Vorsichtsmassregeln treffe, damit nicht durch die Ausführung des Werkes Schaden an andern Sachen des Bestellers oder Dritter eintrete. Verstösst der Unternehmer hiegegen, so verletzt er dem Besteller gegenüber seine Vertragspflicht zu sorgfältiger Ausführung des Werkes. So haftet der Unternehmer eines Anbaues an ein bestehendes Haus, wenn er bei dessen Ausführung Baufehler begeht, in Folge deren Neubau und bestehender Bau zusammenstürzen, dem Besteller für den ganzen entstehenden Schaden ex contractu, z. B. also für Fehler seiner Leute nach Art. 115 und 351 O. R. schlechthin und ohne Vorbehalt des bei ausserkontraktlichen Schädigungen dem Geschäftsherrn durch Art. 62 O. R. nachgelassenen Entlastungsbeweises. Ob der bereits bestehende in Folge des Verschuldens des Unternehmers beschädigte Bau dem Besteller oder einem Dritten gehört, ist für die rechtliche Natur der Haftpflicht des Unternehmers gegenüber dem Besteller gleichgültig; insofern letzterer, z. B. wegen der nach Art. 67 O. R. den Eigenthümer eines Gebäudes oder Werkes treffenden Verantwortlichkeit, durch die Schädigung des Eigenthums eines Dritten selbst geschädigt ist, haftet ihm der Unternehmer ex contractu. Dagegen ist die Haftung des Unternehmers gegenüber einem geschädigten Dritten keine vertragliche, sondern eine Haftung ex delicto; zwischen ihm und dem Dritten besteht kein besonderes, durch Vertrag begründetes rechtliches Band, welches dem Unternehmer besondere, nicht schon Kraft allgemeinen Gebotes der Rechtsordnung jedermann gegenüber bestehende Pflichten auferlegt, und es gelten daher naturgemäss für seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Dritten in mancher Beziehung (z. B. rücksichtlich der Beweislast, der Haft für seine Leute u. s. w.) andere Grundsätze als für seine Verantwortlichkeit gegenüber dem Vertragsgegner. Es mag in der Regel richtig sein, dass der Bauherr dadurch, dass er sich die Bauaufsicht und die Befugniss zu neuen leitenden Anordnungen während des Baues vorbehält, nur ein Recht sich wahrt, von dem er nach Belieben gar keinen oder einen mehr oder weniger ausgedehnten Gebrauch machen kann, nicht aber eine Pflicht übernimmt. Steht sich aber ein völlig sachverständiger, resp. von Sachkundigen berathener und vertretener Bauherr und

ein zum mindesten nicht vollständig sachkundiger Unternehmer gegenüber, hat der Bauherr, welcher auch die detaillirten Baupläne hatte ausarbeiten lassen, seinen Organen die Bauleitung und die Bauaufsicht, sowie das Recht vorbehalten, alle in Plan und Devis nicht geregelten Verhältnisse zu ordnen, auch thatsächlich durch einen Bauführer eine ständige Kontrole über die Arbeiten des Unternehmers ausüben lassen, so darf angenommen werden, dass der Bauherr gegenüber dem Unternehmer nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht durch den Vertrag übernommen habe, seine Kontrole über die Arbeiten des Unternehmers auszuüben, insbesondere denselben nicht bei, durch mangelhafte Sachkenntniss veranlassten, gefährlichem Bauvorgange ohne ernstlichen Einspruch gewähren zu lassen, vielmehr bei derartigen Vorkommnissen einzuschreiten und zum mindesten dem Unternehmer die volle Ausdehnung der Gefahr klar zu legen. Haben sowohl der Bauherr als der Unternehmer gegen die ihnen nach dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisse obliegenden Pflichten verstossen und dadurch gemeinsam den Schaden herbeigeführt, so entspricht es der Gerechtigkeit, den letztern zwischen den Parteien zu theilen; denn das Verschulden erscheint als ein gemeinsames. (Entsch. v. 2. Mai 1890 i. S. Borsari c. Zürich.)[1])

---

86. *Amtsbürgschaft für einen auf bestimmte Zeit angestellten Beamten. Verlängerung der Anstellung ohne Erneuerung der Bürgschaft; haftet der Bürge auch für den in späterer Zeit entstandenen Schaden?*

In Ermangelung bestimmter entgegenstehender Anhaltspunkte ist nach dem Grundsatze, dass im Zweifel für die geringere Verpflichtung zu vermuthen ist, davon auszugehen, dass die Amtsbürgen sich nur für das zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft bestehende Rechtsverhältniss, also auf e i n e Amtsdauer verpflichten wollten. (Entsch. vom 6. Juni 1890 i. S. Solothurn c. Scherrer & Cons.)

---

87. *Art. 2 Eisenbahnhaftpflichtgesetz; reglementarische Verbote zur Sicherheit; Uebertretung derselben. Inwiefern liegt darin ein Verschulden des dabei verunglückten Eisenbahnangestellten?*

Lässt eine Transportunternehmung Uebertretungen reg-

---

[1]) Siehe oben N° 35; vgl. auch N° 34.

lementarischer Verbote, so lange sie ihr durch die schleunige Erledigung des Dienstes zum Vortheil gereichen, stillschweigend geschehen, so darf sie auch ihre Haftpflicht für Unfälle, welche daraus entspringen, nicht unter Berufung auf den Buchstaben des Reglementes ablehnen. Dagegen werden durch ein laxes Verfahren der Bahngesellschaft in Handhabung der zur Sicherung der Arbeiter gegebenen Reglementsvorschriften immerhin solche Handlungen der Arbeiter nicht entschuldigt, welche wegen ihrer offenbaren Gefährlichkeit jedermann, insbesondere jedem ordentlichen Eisenbahnbediensteten von selbst, abgesehen von jeder positiven Reglementsvorschrift, als unzulässig erscheinen müssen. Unter besondern Umständen, wenn wichtige Interessen des Dienstes ein ausserordentliches Wagniss gebieten, oder wenn ein gefährliches Vornehmen etwa von den Vorgesetzten direkt befohlen oder veranlasst wird u. dgl., können auch solche Handlungen als gerechtfertigt erscheinen, in der Regel in Ermangelung solcher besonderer Umstände dagegen nicht. (Entsch. vom 14. Juni 1890, i. S. Müller c. Centralbahn.)

---

88. *Art. 5 Abs. 2 Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Verpflichtung des Vaters zur Gewährung des Unterhalts; Dauer desselben.*

Die Dauer der Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber seinen Kindern wird durch das kantonale Recht bestimmt. Stellt das kantonale Recht nur den Grundsatz auf, dass der Vater verpflichtet sei, seine Kinder zu erziehen und die bezüglichen Kosten zu bestreiten, ohne eine Altersgrenze anzugeben, so ist diese im einzelnen Falle nach den Umständen, dem sozialen Stand der Familie, den Gewohnheiten und Einrichtungen des Landes u. s. w., festzustellen. (Entsch. vom 16. Mai 1890 i. S. Kinder Meyer c. S. O. S.)[1]

---

89. *Art. 5 Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. 1) Welcher Schaden ist im Tödtungsfall erstattungsfähig? 2) Tödtung eines Kindes; Ersatzanspruch der Eltern; 3) Wer kann Ersatz der Beerdigungskosten verlangen?*

Nach Art. 5 Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes be-

---

[1]) In casu hatte das kantonale Gericht angenommen, dass im Kanton Waadt die Unterhaltspflicht des Vaters bis zum zurückgelegten 18. Altersjahr des Kindes gehe; das Bundesgericht bestätigte.

steht ein Ersatzanspruch derjenigen Hinterlassenen, welchen der Getödtete zur Zeit seines Todes den Unterhalt zu gewähren verpflichtet war, insoweit als ihnen infolge des Todesfalles der Unterhalt entzogen worden ist. Es besteht also ein Ersatzanspruch der Hinterlassenen nur insoweit, als ihnen ein Schaden durch Wegfall einer dem Verunglückten obgelegenen Alimentationsverbindlichkeit entsteht; anderweitiger Schaden, welcher den Hinterlassenen durch den Todesfall etwa erwachsen sein möchte, ist nach dem Gesetze nicht erstattungsfähig. Danach kann nichts darauf ankommen, ob der Vater kraft seiner väterlichen Gewalt berechtigt war, den von seinem minderjährigen Sohne verdienten Lohn für sich zu beanspruchen. Denn sollte dies auch richtig sein, so läge doch in diesem Rechte des Vaters kein Recht auf Gewährung des Unterhaltes, sondern ein von einer Alimentationspflicht des Sohnes völlig unabhängiger Ausfluss der väterlichen Gewalt; eine Ersatzpflicht der Transportunternehmung für den Wegfall dieses Rechtes besteht also in keinem Falle. Der Ersatzanspruch des Art. 5 Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes ist nicht davon abhängig, dass der Getödtete zur Zeit seines Todes dem Kläger den Unterhalt thatsächlich gewährt habe, sondern es kommt darauf an, ob er hiezu rechtlich verpflichtet war. Die bernische Gesetzgebung enthält keine besondere Bestimmung über die Alimentationspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern, sondern statuirt nur, dass die Verwandten in auf- und absteigender Linie, sowie die Ehegatten dieser Verwandten für Personen, welche als Notharme versorgt werden müssen, also der öffentlichen Armenpflege dauernd anheimgefallen sind, beitragspflichtig seien. Eine weitergehende Verpflichtung der Kinder, ihren Eltern im Bedürfnissfalle den Unterhalt zu gewähren, stellt sie nicht auf. Die bernische Gesetzgebung statuirt also eine „Beitragspflicht“ der Kinder wie der übrigen Verwandten nur für Einen ganz bestimmten Fall und nur gegenüber der öffentlichen Armenpflege. Die Forderung auf Ersatz der Beerdigungskosten ist nicht den alimentationsberechtigten Hinterlassenen des Getödteten als solchen gewährt, sondern sie steht, wie die Ersatzforderung für Kosten einer versuchten Heilung u. s. w., dem Rechtsnachfolger des Getödteten, resp. demjenigen, welchem die Bestreitung der Beerdigungskosten oblag, zu. (Entsch. v. 20. Juni 1890 i. S. Rastorfer c. Centralbahn.)

---

90. *Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Vorbehalt der Festsetzung einer grössern Entschädigung. Voraussetzungen. Gebundenheit des B.-Gerichts an den kantonsgerichtlich festgestellten Thatbestand.*

Hierüber entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgende Stelle: Allerdings nehmen die kantonalen Instanzen, gestützt auf das Gutachten des Experten, an, es stehe gegenwärtig lediglich eine ungefähr sechsmonatliche Beschränkung der Erwerbsfähigkeit des Klägers als Folge des Unfalles in Aussicht, und an diese Feststellung ist das Bundesgericht gebunden. Allein dies schliesst die Kognition des Bundesgerichtes darüber nicht aus, ob nicht nach dem gesammten festgestellten Sachverhalte eine spätere Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten als möglich erscheine. Nun erklären in der That weder die kantonalen Instanzen noch der Experte, dessen Gutachten der kantonalen Entscheidung zu Grunde liegt, dies mit Bestimmtheit für ausgeschlossen; der Experte spricht wohl seine Ansicht dahin aus, dass bleibende Nachtheile nicht in Aussicht stehen; allein es mangelt doch die bestimmte Feststellung, dass in der in Aussicht genommenen Frist von circa sechs Monaten die gesundheitsstörenden Folgen des Unfalles gänzlich gehoben seien und weiterhin solche Folgen sich nicht mehr geltend machen werden und können. Ein Zweifel hieran ist also nicht ausgeschlossen. Da nun überhaupt erfahrungsgemäss ärztliche Voraussagungen über den Verlauf einer Krankheit keineswegs schlechthin unfehlbar sind, vielmehr hie und da durch den wirklichen Verlauf der Dinge widerlegt werden und dies auch im vorliegenden Falle als möglich erscheint, so liegt hier allerdings einer der in Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes vorgesehenen Fälle vor, wo die Folgen der Verletzung noch nicht hinlänglich klar gestellt sind, und es ist daher dem klägerischen Antrage auf Aufnahme eines sachbezüglichen Vorbehaltes zu entsprechen. (Entsch. v. 17. Mai 1890 i. S. Bruhin c. Rietmann u. Cie.)

---

91. *B.-Ges. vom 26. April 1887 betr. die Ausdehnung der Haftpflicht u. s. w. Begriff der höhern Gewalt im Sinne der Haftpflichtgesetze. Lawinensturz bei Strassenunterhaltsarbeiten.*

M. war als angestellter Wegemacher bei Arbeiten zur Offenhaltung der Splügenstrasse durch eine Lawine getödtet

worden. Am 13. März 1890 entschied der Bundesrath,[1]) dass die Offenhaltung dieser Strasse unter das B.-Gesetz vom 26. April 1887 falle und dieses Gesetz auf den dem M. zugestossenen Unfall anwendbar sei. Das B.-Gericht hiess darauf die auf dieses Gesetz gestützte Entschädigungsklage der Hinterlassenen des M. gut, indem es sich über die derselben entgegengesetzte Einrede der höhern Gewalt folgendermassen aussprach:

Wer bis zur höhern Gewalt haftet, der kann sich durch den blossen Nachweis, dass ihn oder seine Leute keinerlei Verschulden treffe, nicht befreien; er haftet in gewissem Umfange auch für den Zufall. Dies liegt ganz unverkennbar im Sinne der Haftpflichtgesetze. Streitig und zweifelhaft ist dagegen die Begrenzung der vom Haftpflichtigen zu vertretenden Zufälle gegenüber den Fällen der höhern Gewalt, die Merkmale, wodurch letztere sich von erstern unterscheiden. Mag man indess im Allgemeinen den Begriff der höhern Gewalt wie immer definiren, so wird doch Folgendes festgehalten werden müssen. Die Haftpflichtgesetze wollen, theils dem Publikum überhaupt, theils wenigstens den in den betreffenden Gewerben thätigen Arbeitern, Schutz gegen die eigenthümlichen Gefahren gewisser Gewerbe gewähren; der Schaden, welcher in Folge dieser Gefahren durch Vernichtung von Leben oder Gesundheit geschützter Dritter entsteht, soll nicht den Verletzten oder dessen Familie sondern den Geschäftsherrn treffen. Auf ein Verschulden des Geschäftsherrn oder seiner Leute ist diese Haftpflicht nicht beschränkt; sie geht vielmehr weiter; sie beruht daher grundsätzlich nicht ausschliesslich auf dem Rechtsprinzipe, dass Jedermann für den Schaden verantwortlich sei, den er oder seine Leute durch ihr Verschulden anrichten, sondern mit auf dem andern Rechtsgedanken, dass derjenige, welcher ein gefährliches Gewerbe für sich betreibt, das damit unzertrennlich verbundene Risiko tragen und daher für die ökonomischen Folgen einstehen müsse, wenn durch die gefährliche Art seines Betriebes, obschon ohne sein Verschulden, Leben oder Gesundheit anderer geschädigt werde. Hievon ausgehend ergiebt sich der Schluss, dass „höhere Gewalt" im Sinne der Haftpflichtgesetze dann nicht vorliegt, wenn es sich um Unfälle handelt, welche gerade durch den regel-

---

[1]) An welchen das B.-G. die Entscheidung dieser Frage verwiesen hatte, s. oben Nr. 4. Siehe den Entscheid des B.-Rathes im B.-Blatt 1890, II S. 828.

mässigen Betrieb eines haftpflichtigen Gewerbes, durch die diesem seiner besondern Natur nach immanenten normalen Gefahren herbeigeführt werden, welche also die unmittelbare Wirkung gewöhnlichen Betriebes sind. Solche Unfälle sind zwar wohl die Folge unabwendbarer Ereignisse, allein als Wirkungen „höherer Gewalt" im Sinne der Gesetze können sie nicht betrachtet werden, weil sie nicht als äussere Zufälle erscheinen, auf welche der Geschäftsherr nicht gefasst sein kann, sondern als Vorkommnisse, die als mit den gewöhnlichen Bedingungen des Betriebes zusammenhängend das gewissermassen normale Ergebniss der eigenartigen Gefährlichkeit dieses Betriebes sind, gegen welche gerade der Gesetzgeber Schutz hat gewähren wollen. Nun ist es klar, dass zu den Bedingungen, unter welchen der Schneebruch auf den Strassen des Hochgebirges ausgeführt wird und ausgeführt werden muss, die Lawinengefahr gehört; diese Gefahr erscheint als eine dem Gewerbe des Schneebruches auf Hochgebirgsstrassen immanente, ja sie nimmt unter den eigenthümlichen Gefahren dieses Gewerbes eine hervorragende, wenn nicht die erste Stelle ein. Wenn daher der Gesetzgeber den beim Schneebruche auf den Hochgebirgsstrassen beschäftigten Arbeitern Schutz gegen die mit ihrem Berufe unzertrennlichen Gefahren hat gewähren wollen, so muss zu diesen Gefahren gerade und in erster Linie die Lawinengefahr gerechnet und es kann daher, diesem Gewerbe gegenüber, der sich periodisch wiederholende Lawinensturz nicht als höhere Gewalt anerkannt werden. Die daher rührenden Zufälle sind hier von dem Gebiete der höhern Gewalt auszuscheiden und den vom Betriebsunternehmer zu vertretenden Zufällen zuzurechnen; vergl. Entscheidungen des Reichsgerichtes XI, S. 147 u. ff.; XIX S. 37 u. ff.; XXI S. 13 u. ff.; auch Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht XVI, S. 328 u. f. (Entsch. v. 20. Juni 1890 i. S. Meuli c. Graubünden, A. S. XVI Nr. 58.)

---

92. *Markenschutz. Internationale Convention zum Schutz des gewerblichen Eigenthums v. 20. März 1883, mit Zusatz von Rom vom 29. April 1886. Reglement für die Vollziehung dieser Convention vom 11. März 1886, Ziff. III. B.-Gesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dezbr. 1879, Art. 7, 9 und Art. 20 Abs. 3. 1) Gehören die spanischen Kolonien zum Unionsgebiete? 2) Beweis des Schutzes einer fremden Marke in dem betr. fremden Staate; 3) Eintragung der Ueber-*

tragung einer Marke als Voraussetzung der Geltendmachung der Rechte.[1])

1) Die spanischen Kolonien Cuba, Portorico und die Philippinen gehören der Union zum Schutze des gewerblichen Eigenthums schon durch den Umstand an, dass das Mutterland derselben beigetreten ist.

2) Bis zum Beweise des Gegentheils genügt die Eintragung einer fremden Marke im schweiz. Register für die Annahme, dass dieselbe in dem betreffenden fremden Staate hinreichend geschützt ist.

3) So lange die Uebertragung einer Marke im schweiz. Markenregister nicht eingetragen ist, kann der Erwerber die an die Eintragung der Marke geknüpften Rechte nicht beanspruchen, insbesondere also weder Civil- noch Strafklage gegen den Nachahmer erheben.

Ebenso wenig kann der ursprüngliche Inhaber der Marke nach der Abtretung derselben diese Rechte geltend machen. (Entsch. v. 18. Juli 1890 i. S. Malis.)

---

93. *Patentrecht. Art. 4 B.-Gesetzes betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888. Ausschluss der Wirkung des Patentrechts gegenüber dem gleichzeitigen Erfindungsbesitzer; was ist unter den „zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen“ zu verstehen?*

Nach § 4 des eidgen. Patentgesetzes sind die Bestimmungen des vorhergehenden Artikels auf solche Personen nicht anwendbar, welche zur Zeit der Patentanmeldung die Erfindung bereits benutzt oder die zu ihrer Benutzung nöthigen Veranstaltungen getroffen haben; auf diese Personen erstreckt sich das Verbot, ohne Erlaubniss des Patentinhabers den Gegenstand der Erfindung herzustellen, damit Handel zu treiben oder ihn zu gewerblichen Zwecken zu benutzen, nicht. Nach dieser Gesetzesbestimmung bildet einerseits eine der Patentanmeldung vorgängige, nicht offenkundige Benutzung der Erfindung durch Dritte kein Patenthinderniss, anderseits greifen dagegen auch die Verbotsrechte des Patentinhabers gegenüber diesen Dritten, welche die Erfindung bereits vor der Anmeldung des Patentes in Besitz genommen haben, nicht Platz. Die Ansicht, dass durch diese Bestimmung nur diejenigen Erfindungsbesitzer geschützt werden sollen,

---

[1]) S. Meili, die internationalen Unionen, S. 45 ff. und Markenstrafrecht nach dem eidg. Markenschutzgesetz, S. 61 ff.

welche die gleiche Erfindung, wie der Patentinhaber, der Patentanmeldung vorgängig selbst gemacht haben, oder ihr Recht von einem solchen weitern Erfinder ableiten, kann nicht als richtig anerkannt werden.

Der Gesetzestext macht eine solche Unterscheidung nicht; er schützt den Erfindungsbesitzer schlechthin und nicht nur den Benutzer einer eignen Erfindung. Soviel wird allerdings zuzugeben sein, dass, trotz des allgemeinen Wortlautes des Gesetzes, der unredliche Erfindungsbesitz nicht geschützt wird, dass also derjenige, welcher in unredlicher Weise sich Kenntniss von der Erfindung verschafft und diese daraufhin in Benutzung genommen hat, auf Art. 4 cit. sich nicht berufen kann, denn insoweit greift der Grundsatz Platz, dass Niemand aus eigenem unredlichem Handeln Rechte herleiten darf.

Für eine weitergehende einschränkende Auslegung des Art. 4 dagegen liegt kein Anhaltspunkt vor. Wenn in der bundesräthlichen Botschaft als Beispiel der Anwendung des Art. 4 bloss der Fall des Erfindungsbesitzes eines anderen Erfinders angeführt wird, so kann diese Beschränkung der Exemplifikation auf einen die Nothwendigkeit der vorgeschlagenen Bestimmung besonders deutlich illustrirenden und häufiger vorkommenden Fall gewiss nicht dazu führen, dem Gesetze eine andere, beschränktere Bedeutung beizulegen, als ihm seinem klaren Wortlaute nach zukommt, dies um so weniger als, wenn der Gesetzgeber dem Gesetze wirklich nur den engern Sinn hätte beilegen wollen, es ungemein nahe gelegen hätte, dies im Texte des Gesetzes zu unzweideutigem Ausdrucke zu bringen. Das Gleiche gilt auch von der deutschen Literatur, welche in Anlehnung an den für § 4 des schweizerischen Gesetzes vorbildlichen § 5 des deutschen Reichspatentgesetzes erwachsen ist. Auch die ratio legis spricht nicht für eine einschränkende Auslegung. Erst durch die Patentanmeldung deklarirt der Erfinder, dass er die Erfindung als eine neue betrachte und ein Recht ausschliesslicher Ausbeutung derselben beanspruche. Wenn er nun mit der Anmeldung säumig ist — und infolge dessen Dritte, welche von der Erfindung Kenntniss erlangen, diese in gutem Glauben für sich auszubeuten beginnen, so soll der säumige Erfinder nicht durch nachträgliche Patentanmeldung den redlich begründeten Besitzstand stören, einen eingerichteten Gewerbebetrieb hemmen können und dergl. Als Erfindungsbesitzer wird im Fernern nicht nur derjenige geschützt, welcher die Erfindung thatsächlich bereits benutzt,

sondern auch derjenige, welcher die zu ihrer Benutzung nöthigen Veranstaltungen getroffen hat. Als solche Veranstaltungen können nun allerdings blosse, noch nicht bethätigte Entschliessungen, mehr oder weniger bestimmte Projekte u. s. w. nicht gelten; dagegen ist nicht einzusehen, warum eine solche Veranstaltung nur dann vorliegen sollte, wenn der Besitzer unmittelbar selbst mit der Herstellung des Gegenstandes der Erfindung oder der für dessen Benutzung erforderlichen Einrichtungen u. s. w. (in der Absicht dauernder Benutzung) begonnen hat, nicht aber auch dann, wenn er (in dieser Absicht) die erforderlichen Arbeiten durch Werk- oder Lieferungsvertrag einem Dritten verdungen hat. Durch den Abschluss eines derartigen in allen Theilen bestimmten und bindenden Vertrages werden offenbar ebenso wohl die zum Zwecke der Benutzung der Erfindung nöthigen Veranstaltungen getroffen, als durch eigenen Beginn einer Baute, Fertigstellung eines Modells u. dgl. (Entsch. v. 31. März 1890 i. S. Meyer c. Oser; A. S. XVI. Nr. 60.)[1])

---

94. *Patentrecht. Art. 1, 2, 10 und 18 B.-Ges. betr. die Erfindungspatente vom 29. Juni 1888. 1) Legitimation zur Nichtigkeitsklage und widerklagsweise Geltendmachung. 2) Konstatirung des Vorhandenseins einer Erfindung; 3) Begriff der Erfindung; 4) Begriff der Neuheit; offenkundige Benutzung.*

1) Der wegen Patentbruchs Beklagte ist zur Nichtigkeitsklage gemäss Art. 10 des eidg. Patentgesetzes legitimirt und es ist deren widerklagsweise Geltendmachung statthaft.

2) Durch die Ertheilung eines Patentes wird das Vorhandensein einer Erfindung nicht definitiv konstatirt, sondern es haben hierüber bei erhobener Nichtigkeitsklage die Gerichte frei zu entscheiden.

3) Das Gesetz schützt bedeutende und unbedeutende Erfindungen in gleicher Weise und es kann einer Erfindung der gesetzliche Schutz nicht desshalb versagt werden, weil das Mass geistiger Thätigkeit, welches zu ihrer Hervor-

---

[1]) Im vorliegenden Falle hatte Kläger selbst die den Gegenstand der Erfindung bildende Maschine an einen deutschen Fabrikanten Z. verkauft und Beklagter bei letzterm vor der Patentanmeldung eine solche Maschine bestellt. Die Klage wurde abgewiesen, weil Z. berechtigt gewesen sei, die Maschine nicht nur für sich zu benutzen, sondern auch zu erstellen und zu verkaufen, und zwar jedenfalls bis zur Anmeldung des kläg. Patentes auch in der Schweiz.

bringung erforderlich war, ein geringes ist. Dagegen ist zu einer Erfindung ein schöpferischer Gedanke erforderlich, durch welchen ein neues technisches Ergebniss, eine von dem bisher bekannten abweichende technische Wirkung geschaffen wird. Mehr oder weniger geschickte Abänderungen längst bekannter Gebrauchsgegenstände oder Einrichtungen, welche einen neuen technischen Effect nicht hervorbringen, sondern höchstens bereits bekannte Wirkungen mit den bekannten Mitteln graduell steigern, sind keine Erfindungen (Kohler, patentr. Forschungen S. 29); derartige Abänderungen, wie sie von Fabrikanten oder Handwerkern nach eigenem Gutdünken oder nach dem speziellen Wunsch der Besteller im gewöhnlichen Gewerbebetrieb vorgenommen zu werden pflegen, beruhen nicht auf eigenartiger Schöpfung, sondern bewegen sich innerhalb der gewerblichen Anwendung bekannter Grundsätze.[1])

4) Ist Fabrikation und Verkauf des Gegenstands der Erfindung vor der Patentanmeldung öffentlich derart geschehen, dass eine Herstellung durch Sachverständige leicht möglich war, so liegt eine neue schutzfähige Erfindung nicht vor. (Entsch. v. 12. Juli 1890 i. S. Müller c. St. Goar.)

---

95. *Art. 7 B.-Gesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit. Entzug der ehelichen Vormundschaft; kantonales oder eidg. Recht massgebend?*

Nach Art. 7 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit wird die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen für die Dauer der Ehe durch das kantonale Recht bestimmt (mit Vorbehalt einzig der bundesgesetzlichen Bestimmungen betreffend die Handelsfrauen). Das kantonale Recht, nicht das Bundesgesetz, bestimmt also darüber, ob und in welcher Weise die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen durch das eheliche Verhältniss beschränkt werde; das kantonale Recht normirt Bestand und Umfang der ehemännlichen Vormundschaft, ebenso wie die Gründe, aus welchen der Ehemann derselben verlustig geht, die Sicherungsmassregeln, welche zum Schutze des Frauenvermögens zu ergreifen sind u. s. w.; denn es handelt sich dabei überall nicht um Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrau in Folge

---

[1]) In casu handelte es sich um Unterkleider mit doppeltem Rücken, welche in Form und Schnitt (Breite und Länge) des Doppelrückens von den bisherigen derartigen Fabrikaten abweichen.

individueller Eigenschaften, oder um eine privatrechtliche Zurücksetzung des weiblichen Geschlechtes, sondern um Wirkungen des ehelichen Verhältnisses, welche nur im Zusammenhange mit dem gesammten Eherechte, speziell auch dem ehelichen Güterrechte geordnet werden können und deren Normirung daher dem kantonalen Rechte überlassen werden musste (s. Botschaft des Bundesrathes Bundesblatt 1879, III S. 769, 785). Die Bestellung eines Vogtes für eine Ehefrau, womit natürlich dem Ehemann derselben die eheliche Vormundschaft entzogen wird, qualifizirt sich nicht als eine bundesgesetzwidrige Entmündigung einer nach dem Bundesgesetze privatrechtlich selbständigen Person, sondern als eine zu Sicherung des Frauenvermögens getroffene Massregel (vergl. Huber, Schweizerisches Privatrecht I, S. 312), deren Statthaftigkeit sich ausschliesslich nach dem kantonalen Gesetzesrechte beurtheilt. Das Bundesgesetz normirt die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen nicht und bestimmt auch nicht darüber, unter welchen Voraussetzungen dem Ehemanne die eheliche Vormundschaft zu entziehen oder inwiefern als Massnahme zur Sicherung des Frauenvermögens die Stellung der Ehefrau unter obrigkeitliche Vormundschaft anzuordnen sei. (Entsch. v. 6. Juni 1890 i. S. Dörig; A. S. XVI, Nr. 43.)

---

96. *Art. 56 Bundesgesetz über Civilstand und Ehe. Können die schweizerischen Gerichte Ehescheidungsklagen deutscher (würtembergischer) Angehöriger an Hand nehmen?*[1])

K. aus dem Königreich Würtemberg, seit dem Jahre 1880 in der Stadt St. Gallen niedergelassen, wo er seit 1884 ein eigenes Geschäft als Buchhändler betreibt und seit 1888 verehelicht ist, produzirte einen Bescheid des würt. Landgerichtes Hall, welcher besagt: Falls K. seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht in Würtemberg, sondern in der Schweiz habe, seien die würtembergischen Gerichte zur Beurtheilung des Ehescheidungsstreites nicht zuständig und es sei das in demselben vom zuständigen schweizerischen Gerichte seiner Zeit ergehende Urtheil nach Massgabe der Art. 660 und 661 der deutschen Reichscivilprozessordnung auch in Würtemberg vollstreckbar, wenn die Voraussetzungen dieser beiden Gesetzesbestimmungen gegeben sein werden. Durch diesen Bescheid erachteten die Eheleute K. den in Art. 56 des

[1]) Siehe die folgende Nummer.

Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe geforderten Ausweis als geleistet. Das Bundesgericht theilte jedoch diese Auffassung nicht.

Gründe: Der Bescheid des Landgerichtes Hall enthält keine Zusicherung, dass das im vorliegenden Falle zu erlassende Urtheil im Königreich Würtemberg werde vollstreckt werden; er spricht nur aus, dass, wenn der Ehemann Kreutzmann seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht in Würtemberg, sondern in der Schweiz habe, das von dem zuständigen schweizerischen Gericht zu erlassende Urtheil nach Massgabe der Art. 660 und 661 R.C.P.O. auch in Würtemberg vollstreckbar sei, wenn die Voraussetzungen dieser beiden Gesetzesbestimmungen gegeben seien. Nun hat allerdings das Bundesgericht prinzipiell wiederholt ausgesprochen, dass Art. 56 C.St.G. nicht die Beibringung einer Erklärung der Regierung des ausländischen Staates erfordere, sondern dass es genüge, wenn aus der Gesetzgebung oder Gerichtspraxis des betreffenden Staates der Nachweis erbracht werde, dass das schweizerische Scheidungsurtheil dort anerkannt werden müsse. Allein auf der andern Seite hat das Bundesgericht stets daran festgehalten, dass dieser Nachweis strikte erbracht sein müsse. Fragt sich nun, ob dies hier der Fall sei, so muss die Frage verneint werden. Es ist insbesondere von den Rekurrenten ein Nachweis über die Bedeutung, welche dem durch § 661 Ziffer 3 der deutschen Reichscivilprozessordnung für die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile aufgestellten Requisite der Verbürgung der Gegenseitigkeit zukomme, nicht erbracht worden und es ist daher nicht mit Bestimmtheit dargethan, dass nach der Lage der st. gallischen und schweizerischen Gesetzgebung, mit Rücksicht auf den Mangel einer einheitlichen, für die ganze Schweiz geltenden Regel über Vollstreckung fremder Urtheile, die bestrittene Auslegung des § 43 C.St.G. u. s. w., dieses Requisit durch das deutsche Vollstreckungsgericht als erfüllt würde betrachtet werden; in Ermangelung eines solchen bestimmten Nachweises können aber die schweizerischen Gerichte eine Scheidungsklage deutscher Angehöriger, angesichts der schwerwiegenden Folgen, die aus einer Nichtanerkennung des Urtheils im Heimatstaate entstehen könnten, nicht an die Hand nehmen. (Entsch. vom 3. Mai 1890 i. S. Eheleute Kreutzmann; A. S. XVI N° 49.)

---

97. *Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Können die schweiz. Gerichte Ehescheidungsklagen deutscher Angehöriger (Hamburger) an Hand nehmen?* [1])

T. hatte eine Bescheinigung des Justizministers seines Heimatsstaates, Hamburg, respektive des Senators Vorstandes für das Justizwesen beigebracht, welche erklärt, dass, wenn die Ehe des T. von einem schweizerischen Gerichte auf Grund seines schweizerischen Domizils geschieden werde, dieses Urtheil auch in Hamburg als rechtsgültig werde anerkannt werden.

Das zürcherische Obergericht verweigerte gleichwohl die Anhandnahme der Klage, weil keine Gewissheit darüber bestehe, dass der Vorstand für das Justizwesen in Hamburg zu Ausstellung einer Erklärung, wie der vom Rekurrenten produzirten, namentlich in einer für die Gerichte verbindlichen Weise, kompetent sei. Sodann seien für die Vollziehung ausländischer Urtheile in Deutschland die Art. 660 und 661 R. C. P. O. massgebend, wonach es in das Gutfinden des Richters gelegt sei, ob er Vollstreckung gewähren wolle oder nicht. Nach der Auslegung, welche unter Anderem das in Art. 661 Ziffer 5 R. C. P. O. aufgestellte Erforderniss des Verbürgtseins der Gegenseitigkeit in dem Urtheile des Landgerichts Mühlhausen in Sachen L. gegen Th. und K. gefunden habe, sei eher anzunehmen, die deutschen Gerichte seien geneigt, den Urtheilen schweizerischer, speziell zürcherischer Gerichte die Anerkennung aus dem Grunde mangelnder Reziprozität zu versagen. Das Bundesgericht wies den gegen diesen Entscheid ergriffenen Rekurs ab.

Gründe: Wie das B. G. bereits wiederholt ausgesprochen hat, muss, damit dem Requisite des Art. 56 C. St. G. Genüge geleistet sei, der Nachweis, dass das schweizerische Urtheil im Heimatstaate der Parteien anerkannt werde, strikte erbracht sein; aus den vom O. G. angeführten Gründen ist dieser strikte Nachweis auch im vorliegenden Falle nicht für erbracht zu erachten. (Entsch. v. 13. Juni 1890 i. S. Tiarks. A. S. XVI. Nr. 41.)

---

98. *Justiz- oder Administrativsache? Entscheid über die privatrechtlichen Wirkungen öffentlich-rechtlicher Verbote; schliesst die Befugniss der Staatsbehörde, zu Rechtsgeschäften über Gemeindevermögen die Bewilligung zu ertheilen, die Befugniss ein,*

[1]) Siehe oben Nr. 3 und 96 und Revue V. Nr. 17 und 63.

privatrechtliche Streitigkeiten über die Gültigkeit solcher Geschäfte zu entscheiden?

Ueber die privatrechtlichen Wirkungen eines öffentlichrechtlichen Verbots — wonach z. B. Gemeinden ihr Grundeigenthum nicht ohne Bewilligung der Regierung veräussern dürfen — hat, sofern die kantonale Gesetzgebung keine gegentheilige Bestimmung enthält, gemäss der allgemeinen Regel nicht die Verwaltungsbehörde, sondern der Richter zu entscheiden. Ist daher entgegen dem Verbote ein Privatrechtsgeschäft (Kauf) über Gemeindeeigenthum ohne Bewilligung der Oberbehörde abgeschlossen worden, so ist der Streit über die Gültigkeit dieses Geschäftes vom Richter zu entscheiden. (Entsch. v. 24. Jenner 1890 i. S. Schmid; A. S. XVI. S. 70 ff.)

---

99. *Art. 59 B.-Ges. betreffend Organisation der Bundesrechtspflege. Berechnung der Rekursfrist bei staatsrechtlichen Rekursen; Sonn- oder Festtag als letzter Tag der Rekursfrist.*

Art. 73 der eidgen. C. P. O., wonach eine Frist, wenn ihr Ende auf einen Sonn- oder Festtag fällt, erst mit dem nächstfolgenden Werktag endigt, findet beim staatsrechtlichen Rekurse keine Anwendung. (Entsch. v. 12. Juli 1890 i. S. Blanc.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

100. *Unsittliche Leistung. Art. 17 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 24. März 1890 i. S. Hess c. Schmid.

Nach mehrfachen, jeweilen wieder abgebrochenen Verhandlungen war im Jahr 1888 ein Kaufvertrag abgeschlossen worden, wodurch K. Hess das Haus zum Schiffli bei der Rheinbrücke in Rheineck der eidgen. Zollverwaltung um Fr. 14,000 verkaufte. In Folge davon belangte A. Schmid den Verkäufer auf Bezahlung einer Provision von 10 % des Kaufpreises, welche ihm dieser versprochen habe, falls er (Schmid), der damals als Zolleinnehmer in Rheineck angestellt war, der Kreiszolldirection in Chur von sich aus die

Mittheilung mache, das Haus sei um den reducirten Preis von Fr. 14,000 verkäuflich; er (Schmid) sei damit einverstanden gewesen, habe aber ausdrücklich erklärt, dass er sich auf diese Mittheilung beschränke und alles Andere Sache des Verkäufers sei; er habe dann auch durch eine Postkarte diese Mittheilung an die Zolldirection in Chur gemacht, damit den erhaltenen Auftrag ausgeführt und die Provision verdient. Hess bestritt ein Provisionsversprechen gemacht zu haben. Die erste Instanz ordnete ein Beweisverfahren darüber an, die zweite Instanz dagegen, auf Berufung des Hess, wies den Anspruch des Schmid ohne Weiteres ab.

Motive: Vor der Untersuchung der unter den Parteien streitigen thatsächlichen Grundlage der Klage hat das Obergericht die von den Parteien nicht ausdrücklich ventilirte Frage, ob die Forderung des Appellaten an sich einklagbar sei, von Amtes wegen zu prüfen. Das Obergericht verneint diese Frage, indem es das angebliche Provisionsversprechen als einen im Sinne von Art. 17 O. R. unsittlichen Vertrag betrachtet.

Es bildet allerdings die Vereinbarung einer unverhältnissmässig hohen Provision an und für sich weder einen widerrechtlichen, noch einen unsittlichen Vertragsinhalt; eine Unsittlichkeit ist erst dann vorhanden, wenn eine Geldzahlung für etwas stipulirt wird, wofür man sich überhaupt nicht bezahlen lassen sollte. Dies trifft nun in Bezug auf den Appellaten zu. Derselbe war Angestellter der eidgen. Zollverwaltung, in welcher Stellung ihm oblag, die Interessen der Eidgenossenschaft bestmöglich zu wahren. Es kann dahingestellt bleiben, ob, wie die Zolldirection in Chur in ihrer Zuschrift vom 29. December 1888 an das Landjägerkommando in St. Gallen bemerkt, Appellat in seiner Stellung als Zollangestellter wirklich verpflichtet war, der Zolldirection von der neuen Kaufsgelegenheit Kenntniss zu geben; so viel steht nach der eigenen Darstellung des Appellaten ausser Zweifel, dass er durch das angebliche Provisionsversprechen sich bestimmen liess, „von sich aus", d. h. in seiner Eigenschaft als Zollangestellter der Zolldirection die Angabe des reduzirten Kaufpreises zu vermitteln, wobei er offenbar von der Ueberlegung ausging, dass einer auf dienstlichem Wege erstatteten Meldung mehr Gewicht beigelegt werde, als einer Seitens eines Privaten gemachten Mittheilung. Es läge nahe, in dieser Handlungsweise des Appellaten als eines öffentlichen Angestellten den Thatbestand der strafbaren Geschenkesannahme nach § 278

resp. 280 des Strafgesetzes zu erblicken; zum Mindesten aber ist dieselbe als Stipulirung einer civilrechtlich im Sinne des Art. 17 O. R. unsittlichen und daher nicht einklagbaren Leistung zu qualifiziren.

---

101. *Fraude du débiteur dans l'inexécution d'une convention.*

Fribourg. Jugement de la Cour d'appel du 30 octobre 1889 d. l. c. Cerf et Brunschwig c. Perny.

Pierre Perny allié Maillard était depuis une douzaine d'années établi à Romont comme marchand d'étoffes et d'articles de mercerie; son magasin se trouvait dans sa maison rue de la boucherie Nr. 26. Sous date du 18 juin 1888 il vendit à A. Cerf et A. Brunschwig cet immeuble; l'acte de vente contenait la clause: „Le vendeur prend l'engagement formel de n'établir aucun magasin d'étoffes à Romont.“ En conséquence de cette clause et dans le but de donner à Perny un temps suffisant pour liquider ses marchandises il avait de plus été convenu entre parties que l'entrée en possession par les acquéreurs n'aurait lieu que le 1er février 1889. Le 29 janvier, Perny et sa femme faisaient les inscriptions suivantes au registre du commerce: „29 janvier 1889. La raison Perny-Maillard à Romont est éteinte ensuite de renonciation du titulaire.“ „Même date. Le chef de la maison Alphonsine Perny à Romont est Madame Alphonsine Perny née Maillard épouse de Perny Pierre. Genre de commerce Epicerie, laines et cotons. Magasin grand'rue avec le consentement de son mari.“ En même temps Perny remettait à son épouse son stock de marchandises estimé par lui à 70,000 fr., montant dans lequel les étoffes et tissus figurent pour un chiffre de 65,000 fr. Madame Perny ouvrit effectivement un magasin dans la maison sise à la grand'rue que venait d'acquérir son mari, et y installait un commerce non seulement d'épicerie, laines et cotons, mais encore de toute espèce d'étoffes et tissus, continuant ainsi, sans le restreindre quant au genre des marchandises, le commerce que son mari s'était engagé à ne plus faire et servant comme du passé la clientèle de ce dernier. Cerf et Brunschwig estimant que cette manière de faire était en opposition avec les engagements de P. Perny ont intenté à celui-ci l'action tendant à faire prononcer qu'il soit interdit à Mr. Perny de laisser continuer à sa femme le commerce d'étoffes et qu'il soit condamné à des dommages-intérêts. Le tribunal de la Glane ayant débouté les deman-

deurs de leurs demandes, la Cour d'appel a condamné Mr. Perny à leur payer une indemnité de 5 fr. par jour à compter du 1[er] février 1889 jusqu' à la date du jugement, soit 272 jours à 5 fr. = 1360 fr., et lui a fait défense de laisser continuer à sa femme le commerce d'étoffes.

Motifs: Attendu que dans l'espèce il résulte des circonstances de la cause et des aveux de Perny que ce dernier avait manifesté son intention de quitter tout commerce;

Que d'autre part Cerf abandonnait sa maison de commerce à Tavannes pour venir s'établir dans une ville où tout lui était étranger. Il achetait donc la maison de Perny avec l'intention de reprendre une partie de la clientèle de ce dernier;

Que la clause insérée au contrat ne saurait trouver autrement son explication.

Que l'on ne saurait objecter que dite clause est illicite, attendu qu'elle n'a pas pour but d'interdire à Perny l'exercice de son commerce d'une manière absolue.

Qu'en établissant sa femme comme marchande publique en donnant son consentement exprès à cet établissement, en prêtant son concours à l'exploitation d'un commerce d'étoffes pour son épouse, Perny a violé la convention; il ne saurait en effet y avoir de doute que celui qui a pris un engagement quelconque ne peut par le seul effet de sa volonté contrevenir à cet engagement.

Que Mme. P. ne pouvait s'établir comme marchande publique sans le consentement de son mari.

Qu'à teneur des dispositions légales en matière de droit matrimonial fribourgeois, tout le produit du travail de la femme à moins de stipulation contraire appartient au mari.

Que l'art. 62 C. c. prévoit que la femme marchande publique est présumée gérer les intérêts de son mari.

Que par conséquent il est inexact de dire en l'espèce avec le tribunal inférieur que les conventions n'obligent point les personnes qui n'y ont pris aucune part, attendu que ce ne sont point les actes de Mme. P. mais bien ceux de Mr. P. qui sont ici en cause.

Qu'il résulte de l'ensemble des faits que Mr. P. a dans le but d'échapper à l'obligation contractée, installé et établi sa femme comme marchande publique.

Que, par conséquent, il y a fraude dans l'exécution du contrat et connivence entre les époux pour violer la convention.

---

102. *Schadenersatz wegen Creditschmälerung durch ungünstige Informationen. Art. 50 und 55 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 7. Februar 1890 i. S. Eisele c. Eckel.

J. Eisele, Comestibleshändler, bezog seinen Hauptbedarf an Geflügel von Händlern in Frankreich. Im Lauf des Jahres 1888 erhoben sich Schwierigkeiten, indem ihm diese letzteren nicht mehr in bisheriger Weise creditieren wollten, und schliesslich den Verkehr mit ihm abbrachen. Eisele erblickte den Grund davon in ungünstigen Informationen, welche das Auskunftsbureau Th. Eckel über ihn ertheilt habe. Diese hatten dahin gelautet, das Geschäft gehe gut und E. habe bisher regelmässig bezahlt, aber er lebe auf zu hohem Fusse, verbrauche Alles was er verdiene und sei auch durch Bürgschaften engagiert, daher Vorsicht am Platze und nur mässiges Fidieren gerathen sei. Er klagte gegen Eckel als Entschädigung für den Verlust des früheren Credits gemäss Art. 50 und 55 O. R. Fr. 4000 ein. Der Beklagte bestritt, dass der Abbruch der Geschäftsverbindungen durch seine Auskunft veranlasst worden sei, und machte andre Gründe dafür namhaft, welche in der gerichtlichen Untersuchung in der That als die massgebend gewesenen sich herausstellten. Das Gericht wies daher den Kläger ab, 1. soweit Art. 50 in Betracht falle, weil zwischen der Handlung des Beklagten und dem allfälligen Schaden kein ursächlicher Zusammenhang bestehe, 2. soweit Art. 55 in Frage stehe, mit folgender Motivierung:

Das Gesetz verlangt hier keinen Nachweis eines Vermögensschadens, und damit fällt auch das Erforderniss des Causalzusammenhangs, wie es bei Schadenersatzforderungen auf Grund von Art. 50 O. R. gestellt werden muss, von selbst dahin. Allein in beiden Fällen, auch in dem, wo der Richter bei einer ernstlichen Verletzung persönlicher Verhältnisse ohne Nachweis eines Vermögensschadens auf eine Geldsumme erkennen kann, muss die Verletzung durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführt worden sein. Dies aber setzt Absicht oder Fahrlässigkeit voraus. Dass sich der Beklagte einer solchen schuldig gemacht habe, wird vom Kläger wohl behauptet, aber nicht im Geringsten nachgewiesen. Denn wenn man auch annehmen wollte, was zum Mindesten zweifelhaft bleibt, der Inhalt der Bulletins d'information involviere eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse des Klägers, so kann in dieser Thatsache allein ein Verschulden oder gar eine Absicht des Beklagten nicht erblickt werden.

---

103. *Dommages-intérêts. Renseignements inexacts publics par la voie de la presse. Art. 50 et 55 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 17. avril 1890 d. l. c. Hecht c. le National Suisse.

Dans son numéro du 8 avril 1888, le National Suisse, journal paraissant à la Chaux de Fonds, annonçait sous la rubrique „Commerce horloger“, en disant le tenir de source sûre, qu'un marchand horloger de Frankfort s/M., Otto Hecht, avait suspendu ses paiements. Le 13. avril, il publiait l'entrefilets suivant: „On nous prie d'informer que Mr. Otto Hecht marchand horloger à Frankfort s/M. dont la suspension de paiements avait été annoncée, a recommencé tôt après à faire face à ses échéances.“ Hecht a actionné le National Suisse en paiement d'une indemnité de 5000 Fr. demandant en outre la publication du jugement dans tels journaux que fixerait le Tribunal. Le Tribunal a adjugé au demandeur une somme de 300 Fr. à titre de dommages-intérêts et prononcé que le jugement ne serait pas publié.

Motifs: Il convient tout d'abord de reconnaître avec la doctrine et la jurisprudence que le fait par un journal de publier sur une personne déterminée des choses qui ne sont pas vraies et qui peuvent lui faire tort constitue une négligence et une imprudence pouvant fonder une action en dommages-intérêts aux termes des art. 50 et 55 C. O. Il n'est point nécessaire comme l'a prétendu le National Suisse que la publication ait eu lieu dans l'intention de nuire et avec la connaissance chez l'auteur du caractère illicite de l'acte. La procédure permet de constater que la rédaction du N. S. a agi sans intention dolosive et dans le désir de donner des renseignements utiles aux fabricants de la Chaux de Fonds, mais il n'est pas moins vrai que ce journal doit être déclaré responsable s'il est reconnu que les renseignements donnés dans une bonne intention étaient inexacts ou exagérés et qu'ils ont eu pour effet soit de causer un dommage au demandeur soit de porter une atteinte grave à son crédit.

(Suit l'examen des faits d'où il résulte qu'en effet les renseignements du N. S. étaient inexacts et exagérés, et que le complément publié dans le N. S. du 13 avril 1888 n'a pas rétabli les faits et la situation de Hecht d'une manière absolument exacte.)

En ce qui concerne le dommage, la procédure établit incontestablement que l'article incriminé a causé au demandeur un dommage matériel; cela résulte des dépositions de plusieurs témoins, négociants en horlogerie, avec lesquels

Hecht faisait des affaires, qui ont déclaré qu'ensuite de cette publication, ils avaient réduit le crédit de Hecht, qu'ils lui avaient refusé des marchandises et que Hecht s'était trouvé dans l'embarras, à un certain moment, obligé qu'il était à se procurer des fonds pour couvrir même les valeurs non échues. En revanche le dossier ne contient aucune donnée positive qui permette de chiffrer le dommage matériel. Le Tribunal doit donc l'apprécier conformément à l'art. 51 C. O. Il est évident aussi qu'une affirmation comme celle contenue dans l'article du 8 avril est de nature à porter une atteinte sensible au crédit et à la situation personnelle de celui qui en est l'objet et justifie l'application de l'art. 55 C. O., cela d'autant plus que l'affirmation a eu lieu par la voie de la presse et a eu, par ce fait, un plus grand retentissement.

Si l'on tient compte d'une part de ces divers éléments et d'autre part de la circonstance qu'il y a eu simplement imprudence de la part du N. S. et surtout du fait que l'art. 55 C. O. ne doit pas avoir pour conséquence de favoriser un lucre, il paraît équitable de fixer à 300 Fr. la somme qui devra être payée au demandeur à titre de réparation de dommage et d'indemnité tout à la fois.

Il convient enfin d'écarter la conclusion de la demande relative à la publication du jugement aux frais de la partie défenderesse. Cette publication n'est prévue dans la législation cantonale que comme conséquence d'une sentence pénale; elle ne paraît pas fondée non plus en regard des dispositions des art. 50 et 55 C. O.

---

104. *Constitutum possessorium. Unwirksamkeit desselben. Art. 202 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 26. Juni 1889.

Im Concurse des Aloys A. reclamierte dessen Mutter verschiedene Fahrnisse, die ihr laut Abtretungsact vom 8. December 1887 zur Deckung für eine zu Gunsten des Sohnes eingegangene Bürgschaft waren übertragen worden. Ein Concursgläubiger bestritt diese Vindication, weil die Abtretung ein in fraudem creditorum und im Bewusstsein der Insolvenz vorgenommenes Scheingeschäft sei und die Uebergabe der Fahrnisse an die Mutter nie stattgefunden habe. Aus letzterem Grunde hat das Obergericht die Einsprache des Gläubigers gutgeheissen.

Motive: Wenn Klägerin geltend macht, es seien nach geschehener Abtretung die Fahrhaben dem Sohne von ihr

als nunmehrigem Eigenthümer zum unentgeltlichen Gebrauche überlassen worden, so will damit eine Uebergabe im Sinne des Art. 202 O. R. (durch constitutum possessorium) geltend gemacht werden. Allein vorab ist vom wirklichen Abschlusse der behaupteten Gebrauchsleihe nichts ersichtlich. Ist dieses aber der Fall, so fehlt der rechtliche Grund, bezw. das besondere Rechtsverhältniss, welches zur Besitzesübertragung durch das constitutum possessorium nach Art. 202 Abs. 1 O. R. absolut erforderlich ist. In zweiter Linie müsste aber jedenfalls die Bestimmung des Art. 202 zutreffend sein, wonach eine derartige Besitzesübertragung Dritten gegenüber dann unwirksam ist, wenn eine Benachtheiligung derselben beabsichtigt wird. Das letztere müsste hier unzweifelhaft Geltung haben mit Rücksicht auf die Thatsache, dass kurze Zeit, 3 1/2 Monate nach der Abtretung, die Aufrechnung über den Abtreter und in deren Folge der Concurs über ihn eintrat, ohne dass hiebei weiteres Guthaben zum Vorschein kam, mit Rücksicht sodann auf das verwandtschaftliche Verhältniss zwischen den betheiligten Parteien, und endlich in Hinsicht gerade auf die Natur des vorgeschützten Rechtsverhältnisses einer unentgeltlichen Gebrauchsleihe; es liegt ja auf der Hand, dass auf diesem Wege die Rechtsforderung der Besitzesübergabe vollends illusorisch gemacht werden müsste.

---

105. *Faustpfandrecht an einem grundversicherten Forderungstitel nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen. Art. 215 O. R.*

Aargau. Urtheil des Obergerichts vom 31. Mai 1889.

In einem Geltstage wurde eine Wechselforderung von Fr. 400 angemeldet und dafür ein Faustpfandrecht an einem grundversicherten Forderungstitel im Werthe von Fr. 1000 geltend gemacht. Dieses Faustpfandrecht wurde angefochten, weil nicht nachgewiesen sei, dass der Schuldner der Fr. 1000 von der Verpfändung des Titels benachrichtigt worden, daher zufolge Art. 215 O. R. eine gültige Faustpfandverschreibung nicht stattgefunden habe. Hiegegen wurde erwidert, die Frage des Pfandrechts unterliege, da es sich um Verpfändung eines hypothekarisch versicherten Titels handle, dem kantonalen Rechte, welches jene Benachrichtigung des Schuldners nicht fordere. Das Obergericht hat das eidgenössische Recht als anwendbar erklärt.

Motive: Einmal handelt es sich um einen Vertrag, welcher dingliche Rechte an einer beweglichen Sache betrifft; sodann wird durch die eidgenössische Gesetzgebung ausdrücklich erklärt, in welcher Richtung das Rechtsgebiet grundpfändlich versicherter Forderungen von der kantonalen Gesetzgebung beherrscht werde; diese letztere ist als massgebend erklärt, soweit die Abtretung und das Erlöschen der besagten Forderungen in Frage kommt (Art. 198 u. 130 O. R.). Dass aber deren Verpfändung ebenfalls nach der kantonalen Gesetzgebung zu ordnen sei, wird im eidgen. Recht, namentlich in den Vorschriften über das Faustpfandrecht, nirgends bestimmt, woraus mit Sicherheit zu schliessen ist, dass die streitige Frage nicht nach kantonalem, sondern nach eidgenössischem Gesetze gelöst werden muss.[1])

---

106. *Droit de rétention. Connexité entre la créance et la chose retenue. Art. 224 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 5 juin 1890 d. l. c. Banque cantonale Vaudoise et Banque fédérale c. J. Reymond fils et consorts.

La maison A. Goy-Golay a déposé son bilan le 11 Mai 1889, la faillite en a été prononcée le 13 mai. Au jour de sa faillite, elle devait à J. Reymond fils fr. 780. 60, à H. Capt fr. 1230. 25, à J. Golay fr. 719. 50, à F. Golay fr. 393 pour ouvrage fait à des pièces d'horlogerie; les valeurs dues à ces créanciers pour travail fait sur les pièces qu'ils avaient encore en mains le jour du dépôt du bilan étaient pour J. R. fils fr. 250, pour Capt fr. 430, pour J. Golay fr. 200, et pour F. Golay fr. 210. Dans leurs interventions, ces ouvriers ont demandé à être mis au bénéfice du privilège résultant du droit de rétention qu'ils déclaraient exercer, chacun pour l'intégralité de sa créance, sur les pièces d'horlogerie qu'ils détenaient au moment de la remise du bilan. Le liquidateur de la masse a admis ces interventions, y compris le privilège réclamé pour l'intégralité des créances. La Banque cantonale Vaudoise et la Banque fédérale, créancières de la masse Goy-Golay, ont ouvert action à ces ouvriers tendant à faire prononcer que le droit de rétention n'est admis que jusqu'à concurrence de la valeur du travail fait sur les pièces qu'ils avaient encore en mains le jour du dépôt du bilan, l'intervention pour le surplus étant

---

[1]) Vgl. dagegen diese Revue VII Nr. 103, und Hafner, Verpfändung grundversicherter Forderungen, in Ztsch. f. schw. R. N. F. VII S. 68 f.

placée en sixième classe, sans privilège. Le Tribunal cantonal a admis les conclusions des Banques demanderesses.

Motifs: Attendu que, pour que le droit de rétention puisse être exercé, il faut qu'il y ait connexité entre la créance et la chose retenue (Art. 224 C. O.);

Qu'en l'espèce, s'il existe une connexité entre les pièces d'horlogerie que les défendeurs avaient en mains au moment de la faillite et les créances provenant du travail fait sur ces pièces elles-mêmes, il n'en est pas de même pour les créances qui tirent leur origine du travail fait à des mouvements d'horlogerie précédemment restitués à Goy-Golay;

Qu'en effet, on ne saurait dire qu'il n'ait été lié entre la maison Goy-Golay et ses ouvriers qu'un seul contrat qui se serait continué pendant tout le temps que les défendeurs ont travaillé pour la dite maison;

Qu'au contraire, chaque fois qu'une pièce d'horlogerie a été remise à un ouvrier, il s'est formé entre celui-ci et la fabrique un nouveau contrat portant sur une chose nouvelle, sans lien aucun avec les contrats précédents;

Qu'il n'existe ainsi aucune connexité entre la créance résultant du travail fait à un objet déterminé et les objets similaires qui peuvent avoir été remis à l'ouvrier;

Considérant que les privilèges tels que ceux prévus par l'art. 224 C. O. ne sauraient être étendus au-delà de ce qui est expressément prévu par une disposition de la loi;

Que, dès lors, on doit admettre que chaque fois que l'ouvrier rendait à la fabrique un mouvement d'horlogerie qui lui avait été confié, le droit de rétention résultant du travail fait à cet objet s'éteignait dès l'instant que l'ouvrier ne détenait plus la dite pièce.

---

107. *Eigenthumsvorbehalt bei leihweiser Ueberlassung von Sachen. Zulässigkeit nach O. R.*[1]) *Retentionsrecht des Vermiethers. Art. 227, 294 O. R.*

Baselland. Urtheil des Obergerichts vom 6. December 1889 i. S. Plattner c. Grieder.

K. B. miethete bei E. Grieder in Binningen eine Wohnung. An dem Tage, an welchem er sie bezog, schrieb G. Plattner aus Basel an Grieder, die von B. eingebrachte Fahrhabe sei sein Eigenthum. Dieser Brief wurde von Frau

---

[1]) Vergl. oben Nr. 71 und die dort citierten Urtheile in Revue VI und VII.

Grieder gelesen, dann aber von dem Manne refüsiert. Bald darauf gerieth B. in Concurs, und Pl. meldete im Auskündungsprotocoll des Concursiten seinen Eigenthumsanspruch zugleich mit der Kaufpreisforderung von Fr. 168. 50 an, unter Einlegung einer Bescheinigung des B., wonach genannte Gegenstände dem B. „leihweise zur Abzahlung“ übergeben worden seien, die Gegenstände aber bis zur gänzlichen Abzahlung Eigenthum des Pl. bleiben sollen. Grieder machte sein Retentionsrecht für Fr. 100 Miethzins geltend und bestritt überhaupt das Eigenthum des Pl. Das Bezirksgericht Arlesheim wies die Vindication des Pl. ab, das Obergericht dagegen liess sie zu, erkannte freilich auch das Retentionsrecht Grieders daran an.

Motive: Die Ansicht des Bezirksgerichtes, ein Kaufgeschäft mit Eigenthumsvorbehalt bis zur gänzlichen Abzahlung stehe mit dem Obligationenrecht im Widerspruch, ist nicht richtig. Sämmtliche Entwürfe haben allerdings einer solchen Verabredung die rechtliche Anerkennung versagt; in dem nun zu Rechte bestehenden Gesetze aber ist ein solches Verbot absichtlich fallen gelassen und keine Bestimmung aufgestellt worden, die eine solche Parteivereinbarung als unzulässig erklären würde. Es liegt in dem Eigenthumsvorbehalt eine Sicherstellung des Verkäufers, jedoch nicht eine gesetzlich unzulässige. Vgl. a. S. d. b.-g. Entsch. XIV 116. Speciell in unserm Falle kann keine Rede davon sein, dass mit dem Vertrag eine Benachtheiligung Dritter habe bezweckt werden wollen. Das Eigenthumsrecht des Pl. ist demnach unanfechtbar und kann auch nicht etwa desshalb in Frage gestellt werden, weil Pl. in die Concursauskündung den Kaufpreis eingegeben hat.

Eine andere Frage ist, ob das vom Beklagten beanspruchte Retentionsrecht gesetzliche Gültigkeit habe. In Art. 294 resp. 227 O. R. ist dieser Fall in der Weise vorgesehen, dass der Vermiether solche Gegenstände, die Eigenthum eines Dritten sind, retinieren kann, wenn er beim Einzuge des Miethers in gutem Glauben gewesen, sie gehören dem Miether. Diese Voraussetzung trifft hier zu. (Es wird näher dargelegt, dass der Bekl. den Brief des Pl. erst erhalten haben kann, als B. schon bei ihm eingezogen war.) Es kann also dem Bekl. die bona fides und damit auch das Retentionsrecht nicht abgesprochen werden.

---

108. *Miethe. Retentionsrecht des Vermiethers in welchem Zeitpunkt realisierbar? Art. 294 und 297 O. R.*

Bern. Entsch. des Appell.- und Cass.-Hofes v. 11. August 1888 i. S. Walther c. Gerichtspräs. von Fraubrunnen.

Der Gerichtspräsident von Fraubrunnen hatte die Bewilligung eines Bestandverbots verweigert, weil nach Art. 294 Abs. 3 O. R. der Vermiether die Hilfe des Richters nur dann in Anspruch nehmen könne, wenn der Miether wegziehen oder die in den vermietheten Räumen befindlichen Sachen fortschaffen wolle; in andern Fällen, namentlich wo (wie in casu) nichts weiter vorliege als die Fälligkeit des Zinses, könne nur mittelst einer Zahlungsaufforderung gegen den Miether vorgegangen werden. Der Appell.- und Cass.-Hof hat dem entgegen die Erwirkung eines Bestandverbotes schon bei Fälligkeit des Zinses als zulässig erklärt.

Motive: Mit Bezug auf die Realisierung des dem Vermiether zustehenden Retentionsrechtes gilt im Allgemeinen die Vorschrift des Art. 228 O. R., welche für Realisierung der Retentionsrechte überhaupt gegeben ist, und es wird in Abs. 3 Art. 294 nur eine weitere, dem etwas eigenartigen Retentionsrechte des Vermiethers entsprechende Befugniss desselben hinzugefügt. Nun bestimmt der Art. 228 lediglich, dass ein Gläubiger, wenn er für seine Forderung weder Zahlung noch genügende Sicherheit erhalten habe, nach vorgängiger Benachrichtigung des Schuldners sein Retentionsrecht gleich einem Faustpfandgläubiger realisieren könne. Es haben demnach im Uebrigen betreffend die Geltendmachung des Retentionsrechtes wie der bezüglichen Forderungen die kantonalen Gesetzesvorschriften zur Anwendung zu kommen. Hiefür sieht nun das bernische Recht ein besonderes Betreibungsverfahren vor, welches in den §§ 643 ff. V. V. normiert und noch jetzt zutreffend ist, soweit dasselbe mit den Vorschriften des O. R. im Einklange steht. Danach steht namentlich der Herausnahme eines Bestandverbotes für fällige Mieth- und Pachtzinse nichts im Wege.

---

109. *Werkvertrag. Lohnabzug für Mängel statthaft auch ohne Vorhandensein eines Schadens. Art. 358 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 1. März 1890.

Ein Baumeister übernahm die Erstellung eines Wohnhauses um den Preis von 14,000 Fr. Nach Ausführung der

Baute verkaufte der Besteller das Haus, und zwar um einen viel höheren Preis. Später machte der Besteller verschiedene Mängel geltend, für die er eine Minderwerthsforderung von Fr. 1160 einklagte. Die erste Instanz wies diese Klage ab, weil aus diesen Mängeln kein Minderwerth des Hauses und kein Schaden des Klägers entstanden sei. Die zweite Instanz hob dieses Urtheil auf und wies den Process zur Beweisaufnahme zurück.

Motive: Wenn auch der Kläger das Haus um einen die Accordsumme bedeutend übersteigenden Betrag verkauft hat, so darf daraus zu seinen Ungunsten nichts abgeleitet werden. Nach Art. 358 Abs. 2 O. R. kann der Besteller eines Werkes, an dem sich bei der Ablieferung Mängel zeigen, einen dem Minderwerthe des Werkes entsprechenden Abzug am Lohne machen, oder auch, falls dies dem Unternehmer nicht übermässige Kosten verursacht, die unentgeltliche Verbesserung des Werkes und bei Verschulden Schadenersatz verlangen. Schaden und Minderwerth sind nach dieser Gesetzesstelle zwei ganz verschiedene Dinge und es hat der Besteller auf Ersatz des letzteren auch dann Anspruch, wenn ihm aus der vertragswidrigen Ausführung ein weiterer Schaden nicht entstanden ist. Die Frage, ob der Kläger zur Zeit nicht mehr berechtigt wäre, unentgeltliche Verbesserung des Werkes zu verlangen, weil das Haus nunmehr einem Dritten gehört, mag dahingestellt bleiben. In concreto ist diese Frage eine müssige, weil der Kläger eben nicht dieses Begehren, sondern dasjenige auf Ersatz des Minderwerthes stellt. Es ist klar, dass der Kläger Ersatz des Minderwerthes auch dann verlangen kann, wenn das Begehren auf unentgeltliche Verbesserung aus dem Grunde zweck- und gegenstandslos wäre, weil der neue Besitzer des Werkes diese Verbesserung sich nicht gefallen lassen wollte und der Kläger an derselben weder ein Interesse mehr hätte, noch auch nur in der Lage wäre, dem Beklagten die Ausführung dieser Verbesserung zu ermöglichen. Allerdings ist nicht behauptet worden, dass der neue Erwerber selbst seinerseits die Veränderung der Arbeiten verlange, und es muss sogar gesagt werden, dass er zu einem solchen Begehren auch nicht berechtigt wäre, wenn ihm nicht die diesbezüglichen Rechte durch den Kaufvertrag abgetreten worden sind; denn er hat das Haus, wie es ist, d. h. mit den Mängeln gekauft und somit für den Kaufpreis den vollen Gegenwerth erhalten. Dies ändert aber an der Sache wiederum nichts. Besteht wirklich gegenüber der Accordsumme ein Minderwerth, so ist der Kläger eben

um diesen Betrag verkürzt worden, gleichviel zu welchem Preise er das Haus verkauft habe. Denn es muss angenommen werden, dass ein noch höherer Verkaufspreis erzielt worden wäre, wenn dieser Minderwerth nicht vorhanden gewesen wäre.

---

110. *Bürgschaft. Terminierte oder auf unbestimmte Zeit für eine terminierte Hauptschuld eingegangene? Erlöschen derselben. Art. 495, 502, 503 O. R.*

St. Gallen. Entscheid der Recurscommission vom 8. Januar 1889.

Mit Schuldschein vom 10. März 1887 erklärt J. B., von J. A. M. leihweise Fr. 500 erhalten zu haben und verpflichtet sich, die Hälfte des Betrages am 10. September 1887 und die zweite Hälfte auf den 10. März 1888 zurückzuzahlen, beides mit 5% Zins. — Am Fusse des Schuldscheines findet sich folgender

„Bürgschein, datirt den 10. März 1887: Die Unterzeichneten erklären, dass sie für die obenbenannte Summe von Fr. 500 sich verpflichten „als Bürgen und Selbstzahler, wenn der Schuldner nicht selbst im Stande „wäre, die Sache auf besagte Zeit zu regliren."

Dieser Bürgschein ist unterzeichnet nur von S. G. A. Am Fusse dieses Bürgscheins erklärt Th.:

„dass er ausschliesslich nur für Fr. 250 Bürge sei und zwar nur bis „10. September 1887, die Abschlagszahlungen entheben zuerst Th. von der „Bürgschaft."

Unter dieser Erklärung findet sich, datirt vom 19. December 1887, die Notiz von der Hand des Gläubigers J. A. M.:

„An baar erhalten von S. G. A. Fr. 250."

Nach Verfall der ersten Rate, 10. September 1887, hatte der Gläubiger J. A. M. den Bürgen S. G. A. um Zahlung angegangen und solche auch erhalten laut Quittungsnotiz auf dem Schuldschein. Nach Verfall der zweiten Rate belangte er abermals den Bürgen S. G. A., erhielt aber am 19. März 1888 Rechtsvorschlag: „Nichts schuldig und nichts kanntlich." Am 24. August 1888 bescheinigte das Amt, der Schuldner J. B. sei schon längere Zeit abwesend, so viel bekannt in Amerika, seine Schriften seien noch hier deponirt.

Das Bezirksgericht R. hat den J. A. M. mit seiner gegen S. G. A. auf Bezahlung der zweiten Fr. 250 nebst Zins erhobenen Klage abgewiesen.

In Erwägung: Kläger belange, da Th. nach dem Wortlaute des Bürgscheins mit der ersten Zahlung vom 19. December 1887 der Bürgschaft enthoben ist, den S. G. A. für die restirenden Fr. 250. Laut dem Bürgschein handle es sich hier um eine Bürgschaft mit bestimmten Terminen, nun habe Kläger nach Ablauf der Zahlungsfrist unterlassen, den Rechtstrieb ohne erhebliche Unterbrechung zu verfolgen, resp. gerichtlich durchzuführen, gegentheils habe er am 7. Juli 1888 neue Betreibung angehoben. Es sei demnach die Bürgschaftsverpflichtung des S. G. A., gestützt auf Art. 502 O. R., erloschen.

Kläger verlangt Nichtigerklärung dieses Urtheils, durch welches die Art. 495, 502, 503 O. R. verletzt, beziehungsweise irrthümlich angewendet worden seien.

Die Recurscommission hat das Urtheil nichtig erklärt.

In Erwägung: Es liegt hier eine terminirte Hauptschuld, aber nicht eine terminirte Bürgschaft vor. Die für eine terminirte Hauptschuld eingegangene Bürgschaft ist nicht schon desswegen und in allen Fällen auch als eine terminirte Bürgschaftsverpflichtung anzusehen. Nur dann, wenn bei einer terminirten oder nicht terminirten Hauptschuld die Bürgschaft ausdrücklich nur für eine bestimmte Zeitfrist eingegangen wurde, erlischt die Verpflichtung des Bürgen, „wenn „nicht der Gläubiger binnen 4 Wochen nach Ablauf der Frist „seine Forderung rechtlich geltend macht und ohne erhebliche „Unterbrechung den Rechtsweg verfolgt“.

Ist dagegen für eine terminirte Hauptschuld die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, d. h. nicht ausdrücklich auf eine bestimmte Zeitfrist eingeschränkt worden, so übt der Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld an sich noch keine andere Wirkung auf den Fortbestand der Bürgschaft, als die, dass nun der Bürge vom Gläubiger verlangen kann, dass dieser binnen 4 Wochen die Forderung (gegen den Hauptschuldner) rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne Unterbrechung fortsetze. Kommt der Gläubiger solchem Verlangen nicht nach, so wird der Bürge frei. Art. 503.

Der Art. 503 O. R. wäre aber auch dann verletzt, wenn wirklich eine terminirte Bürgschaft vorliegen würde. Denn unter der rechtlichen Geltendmachung der Forderung binnen 4 Wochen (nach Ablauf der Frist im Art. 502, oder nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld, Art. 503) und ununterbrochener Fortsetzung des Rechtsweges ist die rechtliche Belangung des Hauptschuldners verstanden, aber nicht, wie das Bezirksgericht unrichtig angenommen hat, diejenige gegen den Bürgen.

Eine Verletzung des Art. 495 O. R. kann nach zwei Richtungen in Frage kommen: Es kann sich fragen, ob das Bezirksgericht in der Verpflichtung vom 10. März 1887 anstatt bloss eine einfache Bürgschaft mit Recht eine solche mit Selbstzahlerschaft erblickt habe, oder ob nicht der einschränkende Nachsatz, „wenn der Schuldner nicht selbst im Stande wäre“, die Sache auf „bestimmte Zeit zu reguliren“, die Bedeutung habe, dass beim Schuldner das „Nichtimstandesein“ durch erfolglose Betreibung gegen denselben vorerst erhoben werden müsse. (Art. 495 O. R., Commentar Note 1.) Im letztern Falle wäre der Art. 495 O. R. allerdings, aber nur zu Gunsten des Recurrenten verletzt worden, und ohne wesentlichen Einfluss auf den Hauptentscheid, da auch bei bloss einfacher Bürgschaft die Art. 502, 503 O. R. jedenfalls verletzt erscheinen. Hat dagegen das Bezirksgericht mit Recht angenommen, dass hier Selbstzahlerpflicht vorliege, so stand dem Beklagten als Selbstzahler das dem einfachen Bürgen unter gewissen Voraussetzungen sonst zukommende Recht nicht einmal zu, seine eigene Leistung von einer gegen den Hauptschuldner zu richtenden Vorausklage überhaupt abhängig zu machen.

---

111. *Billet de change. La formule valeur en compte insérée à un endossement a le même sens que la formule pour encaissement. Art. 735 et 827 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 22 mai 1890 d. l. c. Graillat c. Crédit lyonnais.

Graillat a réclamé le paiement de 1382 fr. 15 au Crédit lyonnais, lequel ne reconnaît lui devoir que 973 fr. 45. La différence entre ces deux sommes provient de deux billets de change souscrits par un sieur Chappis à l'ordre de Graillat et endossés par celui-ci au Crédit lyonnais. Les endossements étaient conçus ainsi: „Payez à l'ordre du Crédit lyonnais, valeur en compte“. Graillat soutient qu'il a, de cette façon, cédé les billets à sa partie adverse; celle-ci, au contraire, affirme qu'il n'a jamais été question entre eux que d'endossements-procuration; qu'elle n'était chargée que de l'encaissement de ces titres. Le tribunal a donné gain de cause au Crédit lyonnais.

Motifs: Vu les art. 735 et 827 C. O.

Attendu que l'endossement qui porte la mention *pour encaissement*, ou telle autre formule impliquant mandat, ne transfère pas la propriété du billet de change; que, dans

l'espèce, il résulte que l'indication *valeur en compte* n'est qu'une telle formule; que cela est établi soit par de nombreux précédents, soit par la coutume en vigueur au Crédit lyonnais, soit par son accusé de réception des titres dont s'agit, soit enfin et surtout par le fait que si ceux-ci eussent été cédés au défendeur, ce dernier en aurait, sauf escompte, dû remettre le montant à l'endosseur, ce qui n'a point été accompli;

Attendu, dès lors, que le Crédit lyonnais n'a été que le mandataire de Graillat.

Attendu que c'est en vain que le demandeur soutient que ces billets ont été présentés trop tard au paiement; qu'en effet, aucun endossement n'existant entre celui de Graillat et le Crédit lyonnais, le recours n'a point été perdu; que le bénéficiaire est fondé à agir contre le souscripteur des billets pendant tout le temps fixé pour l'acquisition de la prescription; qu'ainsi la présentation et la protestation plus ou moins promptes de ces titres n'ont nullement nui au demandeur.

Attendu que c'est en vain également qu'il soutient que ce délai a permis au débiteur de devenir insolvable; que cette affirmation n'est pas constante; qu'il semble au contraire établi que cette insolvabilité existait déjà lors de l'échéance de ces billets.[1])

---

[1]) Dieser Entscheid, wie mehrere frühere von Genfer Gerichten, zeigt, wie schwer es unsern welschen Landsleuten wird, von dem französischen Wechselrechte auf das moderne überzugehen. Nach schw. O. R. ist dieser Entscheid unrichtig, er basiert darauf, dass ein Indossament „valeur en compte" ein Procura- oder Incassoindossament sei; nun kann aber dieser Ausdruck als solches Indossament nicht anerkannt werden, weil er offenbar nicht eine „die Bevollmächtigung ausdrückende Formel" (Art. 735 O. R.) oder „une formule impliquant mandat" ist. Lag aber ein Vollindossament vor, so hatte der Crédit lyonnais gemäss Art. 813 O. R. durch Unterlassung des Protestes seinen Regress verloren und es blieb ihm, da Graillat erster Indossant des Billets war, nur die Bereicherungsklage gemäss Art. 813 Abs. 12 O. R. Das Urtheil ist beeinflusst von der französischen Theorie des Indossaments; danach überträgt das Indossament Eigenthum am Wechsel nur dann, wenn es eine volle Valutaclausel trägt, andernfalls wird es nur als Procuraindossament behandelt; in der französischen Doctrin ist nun streitig, ob ein Indossament mit der Valutaclausel „valeur en compte" als Vollindossament gelten könne. Vgl. O. Wächter, Wechselrecht S. 237 einerseits und Lyon-Caen et Renault, Précis de droit comm. I. N. 1084 n. 4 andrerseits.

112. *Wechselindossament. Anwendung fremden Rechtes wieweit statthaft. Art. 823 O. R.*

Baselstadt. Urtheile des Civilgerichts vom 10. December 1889 und des Appellationsgerichts vom 23. Januar 1890 i. S. Imhof und Schäfer c. Krantz.

Kläger sind Inhaber des folgenden Eigenwechsels:

„Bâle le 7 Août 1889. B. P. Fr. 485. —

„Au dix Novembre prochain je payerai contre cette première de Change à „l'ordre de Monsieur J. Meyer à Paris la somme de quatre cent quatre-„vingt-cinq francs.

„Valeur en compte que vous passerez suivant avis de ....

A. Krantz.

„A Monsieur
„A. Krantz, Negt. Vins.
„à Bâle, Suisse."

Dieser Wechsel trägt die Blancoindossamente Meyer, Ed. Christian & Cie. und G. Künze. Sämmtliche Indossanten wohnen in Frankreich. Die in Basel domicilierte klägerische Firma, welche den Wechsel von Künze erhalten hat, liess bei Verfall den Wechsel dem Beklagten, als dem Aussteller präsentieren, und da dieser nicht zahlte, Protest aufnehmen und wechselrechtliche Betreibung gegen den Beklagten anheben. Dieser schlug Recht dar und hinterlegte auf richterliche Weisung die Wechselsumme bei der Gerichtscanzlei. Gegen die darauf erhobene Wechselklage wendete er ein, das Blancoindossament, auf welches sich das Klagrecht stütze, sei, weil in Frankreich ausgestellt, nach französischem Recht, im speciellen Fall nach Art. 136—138 C. de comm. zu beurtheilen. Danach vermöge es nicht Eigenthum am Wechsel zu übertragen, sondern habe lediglich die Wirkung eines Incassomandates. Ein solches Mandat sei widerruflich und der Widerruf sei auch im vorliegenden Fall in der That erfolgt, wofür Beklagter eine Reihe von Thatsachen geltend machte. Kläger dagegen behaupteten, die Wirkung des Indossaments sei nach hiesigem Recht (Art. 727 ff. O. R.) zu beurtheilen; danach seien alle Rechte aus dem Wechsel in giltiger Weise auf sie übergegangen. Das Verhältniss des Beklagten zum ersten Inhaber des Wechsels, sowie die Beziehungen dieses letztern zu den Vorindossanten der Kläger berühren sie in keiner Weise.

Das Civilgericht hat den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Wechselsumme und Spesen verurtheilt.

Motive: Ueber die Anwendung auswärtigen Rechtes beim Wechsel bestimmt Art. 823 O. R., dass die wesent-

lichen Erfordernisse einer im Ausland ausgestellten Wechselerklärung nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden, in welchem die Erklärung erfolgt ist. Diess bezieht sich aber nur auf die Form, und angenommen, dass das Indossament Künze in Frankreich ausgestellt ist, muss also für die Frage, ob ein giltiges, d. h. formrichtiges Indossament vorliegt, der C. de comm. allerdings zur Anwendung kommen. Letzterer schliesst aber (Art. 136—138) Blancoindossamente keineswegs aus, sondern giebt ihnen nur eine andere Wirkung als das eidgenössische Recht. Das Indossament ist also an sich giltig. Was jedoch die Wirkung anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Sofern es sich um die Verpflichtung des Indossanten Künze und dessen Beziehungen zu seinen Vormännern handelt, mag das französische Recht massgebend sein, anders aber im Verhältniss zu dem in der Schweiz wohnhaften Aussteller. Diesem gegenüber ist die Wirkung des Indossamentes nach Massgabe seines, also des schweizerischen Rechtes zu beurtheilen. Danach haftet der Aussteller dem durch blosses Blancoindossament legitimierten Inhaber wechselmässig (Art. 726, 728, 730, 755, 808, 827). Die Kläger sind ihm gegenüber durch das Indossament (Art. 728, 730) Eigenthümer des Wechsels geworden.

Das Appellationsgericht bestätigte dieses Urtheil mit folgender Motivierung:

Der Beklagte verlangt auf Grund von Art. 823 O..R. Anwendung des französischen Rechts, indem er behauptet, die auf dem Wechsel befindlichen Blancoindossamente, auf welche Kläger seinen Klaganspruch stützt, seien in Frankreich erfolgt. Der Kläger bestreitet diese Thatsache des Entschiedensten und behauptet namentlich in Bezug auf das Indossament Künze, dasselbe sei in Basel ausgestellt worden. Es war also Sache des Beklagten, den Beweis für die von ihm behauptete und vom Gegner bestrittene Thatsache zu leisten. Diesen Beweis hat er nach Lage der Acten nicht erbracht.

Aus der Wechselurkunde selbst ist in keiner Weise ersichtlich, dass die Indossamente in Frankreich ausgestellt worden sind. Die blosse Thatsache aber, welche allerdings aus den Acten hervorgeht, dass die Indossanten in Frankreich wohnhaft sind, vermag den erforderlichen Nachweis nicht zu ersetzen, da der Ort der Wechselerklärung nicht nothwendigerweise mit dem Wohnort des Erklärenden zusammenfällt. Bei allen drei Indossamenten liegt die Möglichkeit vor, dass sie im Gebiete des schweizerischen Wechsel-

rechts ausgestellt worden sind und namentlich in Bezug auf das letzte Indossament Künze ist diese Möglichkeit eine sehr nahe liegende. Wenn aber auch nur dieses letzte Indossament in Basel vorgenommen worden wäre, so wäre Kläger nach Art. 823, Abs. 2 O. R. als rechtmässiger Inhaber des Wechsels zur Klage berechtigt.

Ist aber der Beweis nicht erbracht, dass die betreffenden Wechselerklärungen im Auslande erfolgt sind, so hat der Richter im Zweifelfalle das eigene inländische Recht anzuwenden.

Nun schreibt Art. 730 O. R. vor, dass ein Indossament gültig sei, wenn der Indossant auch nur seinen Namen oder seine Firma auf die Rückseite des Wechsels schreibe. Ferner ist unbestritten, dass, wenn das letzte Indossament ein Blancoindossament ist, dadurch jeder Inhaber des Wechsels als forderungsberechtigt gilt. Danach ist der Kläger als rechtmässiger Inhaber des Wechsels anzusehen und als solcher zur vorliegenden Klage legitimiert.

---

113. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Begriff des Mitverschuldens. Grenze von Zufall und Mitverschulden. B.-Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb v. 25. Juni 1881, Art. 5, lit. a und b.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 29. März 1890 i. S. X. c. Locher & Cie.

Kläger erlitt eine schwere Verletzung der rechten Hand, als er an einer Fraise ein Stück Holz zu Dachlatten verarbeitete und, um einen nach oben sich biegenden Theil des Holzes niederzudrücken, eine Manipulation vollzog, durch die er mit der Hand in die Fraise gerieth. Unmittelbar nach dem Unfall wurde an der betreffenden Fraise eine Verschaalung angebracht, von welcher der Verunglückte behauptet, dass sie den Unfall unmöglich gemacht hätte, wenn sie damals schon vorhanden gewesen wäre, was aber gegnerischerseits bestritten wird. Der Klage auf Schadenersatz hielt die Beklagte den Haftreductionsgrund des Mitverschuldens und eventuell des Zufalls entgegen. Das Obergericht wies (wie schon die erste Instanz) diese Einwendungen zurück mit folgender Begründung:

Der Begriff des Mitverschuldens darf namentlich nicht auf Fälle ausgedehnt werden, wo ein Arbeiter bei plötzlichem Vorkommen eines Hindernisses in der Ueberraschung

oder Hast einen nicht ganz geeigneten Handgriff ausführt und dadurch in directe Gefahr, verletzt zu werden, geräth; zur wirklichen Fahrlässigkeit, die ein Mitverschulden begründet, gehört vielmehr das Requisit, dass der Arbeiter eine durchaus unvorsichtige, im gegebenen Falle unstatthafte und offensichtlich gefährliche Handlung begeht, welche nicht genügend entschuldigt werden kann. Die Gefährlichkeit der Maschine macht es allerdings dem Arbeiter zur Pflicht, in der Ausübung seiner Arbeit besondere Vorsicht anzuwenden; allein es können selbst bei Beobachtung dieser Vorsicht dennoch Missgriffe vorkommen, welche durch die Besonderheit der Situation entschuldigt werden. Dergleichen Fehler dürfen dem Arbeiter nicht zur Schuld angerechnet werden, und um einen solchen Fehler handelt es sich hier.

Der Reductionsgrund des Zufalls dürfte nur dann als gegeben betrachtet werden, wenn die Beklagte dargethan hätte, dass die Fabrikbesitzer alle ihnen nach dem jetzigen Stand der Technik zu Gebote stehenden Mittel angewendet haben, um solche Unfälle zu verunmöglichen oder doch zu mildern. Dieser Beweis ist aber nicht geleistet, sondern es deutet der Umstand, dass unmittelbar nach dem Unfall und also ganz offenbar in Folge und wegen desselben eine Verschaalung angebracht worden ist, gegentheils darauf hin, dass gerade in dieser Vorrichtung eine Massregel liegt, welche, rechtzeitig getroffen, den Unfall verhütet oder doch in seinen Folgen ganz wesentlich gemildert hätte.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

III. *Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit* vom 22. Juni 1881.
Art. 4, Nr. 67. Art. 7, Nr. 95.

IV. *Bundesgesetz über Civilstand und Ehe* vom 24. Dec. 1874.
Art. 43 Abs. 2, Nr. 3. Art. 49, Nr. 28.
„ 46, 47, Nr. 27. 43. „ 56, „ 3. 96. 97.

V. *Bundesgesetz betr. Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst* vom 23. April 1883, *Convention mit Frankreich* vom 23. Februar 1882 und *Berner Convention* vom 9. September 1886.
Nr. 14.

VI. *Bundesgesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken* vom 19. December 1879.
Art. 2, 4—6, 19, Nr. 63. Art. 7, 9, Nr. 92.
„ 4, „ 42. „ 20, „ 64. 92.
„ 5, „ 64.

VII. *Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn zum Schutze der Fabrik- und Handelsmarken* vom 22. Juni 1885.
Nr. 42.

VIII. *Internationale Convention zum Schutz des gewerblichen Eigenthums* vom 20. März 1883.
Nr. 92.

IX. *Bundesgesetz betr. die Erfindungspatente* vom 29. Juni 1888.
Art. 1, 2, 10, 18, Nr. 94. Art. 4, Nr. 93.

X. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen bei Tödtungen und Verletzungen* vom 1. Juli 1875.
Art. 2, Nr. 60. 87. Art. 5 Abs. 2, Nr. 88. 89.
„ 3, „ 61.

XI. *Bundesgesetz betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb* vom 25. Juni 1881.
Art. 1, Nr. 62. Art. 8, Nr. 90.
„ 5, „ 113. „ 14, „ 4.
„ 6, „ 26. 62.

XII. *Bundesgesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht* vom 26. April 1887.
Nr. 91. Art. 10, Nr. 4.

XIII. Bundesgesetz betr. Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874.

Art. 27, Nr. 44.
„ 29, „ 45—48. 51. 83.
Art. 30, Nr. 15. 45. 49. 50. 76.
„ 59, Nr. 65. 99.

XIV. Concordat über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15. Juli 1822.

Nr. 5.

XV. Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869.

Art. 1, Nr. 29. 30.
„ 3, „ 30.
Art. 20, Nr. 31.

III. Register nach Cantonen geordnet.

Zürich.

Nr. 8 (Art. 294 O. R.). — Nr. 11 (Art. 402 O. R.). — Nr. 12 (Art. 423 O. R.). — Nr. 35 (Art. 50 ff. O. R.). — Nr. 41 (Art. 849 O. R.). — Nr. 68 (Art. 65 O. R.). — Nr. 70 (Art. 183 O. R.). — Nr. 73 (Art. 357 und 361 O. R.). — Nr. 109 (Art. 358 O. R.). — Nr. 113 (Art. 5 B. G. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb).

Bern.

Nr. 14 (B. G. über Urheberrecht). — Nr. 108 (Art. 294 und 297 O. R.).

Luzern.

Nr. 9 (Art. 294, 297 O. R.). — Nr. 32 (Art. 19 O. R.). — Nr. 72 (Art. 314 O. R.). — Nr. 104 (Art. 202 O. R.).

Freiburg.

Nr. 101.

Baselstadt.

Nr. 6 (Art. 67 O. R.). — Nr. 34 (Art. 50, 67 O. R.). — Nr. 38 (Art. 88 O. R.). — Nr. 69 (Art. 148 O. R.). — Nr. 74 (Art. 396 O. R.). — Nr. 102 (Art. 50, 55 O. R.). — Nr. 112 (Art. 823 O. R.).

Baselland.

Nr. 107 (Art. 227, 294 O. R.).

St. Gallen.

Nr. 7 (Art. 246 O. R.). — Nr. 33 (Art. 50 O. R.). — Nr. 42 (B. G. betr. Markenschutz v. 1879). — Nr. 67 (Art. 58, 61 O. R.). — Nr. 110 (Art. 495, 502 f. O. R.).

Aargau.

Nr. 71 (Art. 264 O. R.). — Nr. 105 (Art. 215 O. R.).

Thurgau.

Nr. 100 (Art. 17 O. R.).

Vaud.

Nr. 10 (Art. 294 C. O.). — Nr. 43 (B. G. betr. Civilstand und Ehe). — Nr. 66 (Art. 48 C. O.). — Nr. 106 (Art. 224 C. O.).

Neuchâtel.

Nr. 37 (Art. 67 C. O.). — Nr. 103 (Art. 50, 55 C. O.).

Genève.

Nr. 13 (Art. 426, 429 C. O.). — Nr. 36 (Art. 50, 55 C. O.). — Nr. 39 (Art. 156 C. O.). — Nr. 40 (Art. 527 C. O.). — Nr. 75 (Art. 444, 446 C. O.). — Nr. 111 (Art. 735, 827 C. O.).

37 (4)

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

IX. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

IXe Volume.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1892.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

IX. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

IXe Volume.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1892.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

1. *Einrede der abgeurtheilten Sache gegen bundesrechtliche Ansprüche gestützt auf ein bundesgerichtliches Urtheil, Zulässigkeit und Beurtheilung derselben, massgebendes Recht. Anfechtung eines rechtskräftigen Urtheils mittelst der Bereicherungsklage.*

1) Das O. R. derogirt den Grundsätzen über die Rechtskraft richterlicher Urtheile in keiner Weise, diese Grundsätze gelten vielmehr für obligationenrechtliche, wie für alle andern Ansprüche, nach wie vor. Wird aber die Einrede der abgeurtheilten Sache auf ein bundesgerichtliches Urtheil gestützt und stehen bundesrechtliche Ansprüche in Frage, so ist nicht ausschliesslich kantonales Recht anwendbar; denn dem Urtheil des Bundesgerichts kommt Rechtskraft kraft Bundesgesetzes zu, und wo bundesrechtliche Ansprüche in Frage stehen, greift für Beurtheilung der Voraussetzungen der exceptio rei judicatae eidgenössisches Recht überhaupt insofern ein, als es sich um die Frage der Identität der Sache und, damit zusammenhängend, der Personen handelt. Denn für die Frage der Identität der Sache kommt die rechtliche Natur der erhobenen Ansprüche, welche eben bei obligationenrechtlichen Ansprüchen nach Bundesgesetz sich richtet, in Betracht und ist somit eidgenössisches Recht anwendbar.

2) Es geht nicht an, einen rechtskräftig zugesprochenen Anspruch nachträglich durch Erhebung einer Bereicherungsklage wieder in Frage zu stellen, d. h. in That und Wahrheit durch diese Klage das rechtskräftige Urtheil anzufechten. Ob zur Begründung der Bereicherungsklage Thatsachen oder Rechtsgründe, welche bereits im frühern Prozesse geltend gemacht wurden, oder aber neue Thatsachen oder Rechtsgründe vorgebracht werden, ist gleichgültig; es können nicht durch einen neuen Prozess Vertheidigungsmittel, welche im frühern Prozesse vorzubringen unterlassen worden ist, nachgebracht werden. (Entsch. vom 17. Oktober 1890 i. S. Knörr c. Kreditanstalt Luzern.)

---

2. *Einrede der abgeurtheilten Sache gegen bundesrechtliche Ansprüche gestützt auf ein kantonales Urtheil; Competenz des Bundesgerichtes. Beurtheilung des Civilanspruches durch den kantonalen Strafrichter im Adhäsionsverfahren nach Freisprechung des Angeklagten.*

Sch. & Cie. hatten den H. zuerst adhäsionsweise im Strafprozesse und nachher im Civilprozesswege wegen Markenrechtsverletzung auf Schadenersatz belangt, waren aber in beiden Prozessen abgewiesen worden; im Civilprozesse desshalb, weil der Anspruch bereits im Strafprozesse als unbegründet erklärt worden sei. Der Begründung des bestätigenden bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir folgendes:

1) Das angefochtene Urtheil weist den eingeklagten Anspruch sachlich ab; es qualifizirt sich also, wenn es auch auf den Einwand der abgeurtheilten Sache sich gründet, doch nicht als Entscheid über eine Prozessvoraussetzung, sondern als Urtheil in der Sache selbst, also als Hauptturtheil im Sinne des Art. 29 B. G. Da im Fernern der eingeklagte Schadenersatzanspruch ein Deliktsanspruch eidgenössischen Rechtes und der gesetzliche Streitwerth gegeben ist, so ist das Bundesgericht zur Beurtheilung der Beschwerde an sich competent. Dabei muss es aber, soweit über präjudizielle Punkte nicht nach eidgenössischem, sondern nach kantonalem Rechte zu entscheiden ist, seinem Urtheile, soweit es diese Punkte anbelangt, die Entscheidung der kantonalen Instanz ohne weiters zu Grunde legen und ist zu selbständiger Ueberprüfung der präjudiziellen kantonalrechtlichen Fragen nicht befugt. [1])

2) Die Frage, ob der Strafrichter über im Adhäsionsverfahren geltend gemachte Civilansprüche auch dann sachlich zu entscheiden habe, wenn im Strafpunkt eine Freisprechung erfolgt, oder ob in diesem Falle der Civilpunkt an die Civilgerichte zu verweisen sei, beantwortet sich nicht nach eidgenössischem Privatrecht, sondern nach den kantonalen Strafprozessgesetzen, welche dieselbe bekanntlich in verschiedener Weise lösen. Bundesrecht greift hier nur insoweit ein, als es sich um die Anwendung des Art. 59 Abs. 1 B. V. handelt. (Entsch. vom 6. September 1890 i. S. Schürch & Cie. c. Hediger.)

---

[1]) Siehe Revue, VIII N°. 45.

3. *Art. 76 O. R. Unanwendbarkeit des eidg. O. R. auf Verträge erbrechtlicher Natur*[1]).

Nur Verträge obligationenrechtlicher Natur werden von dem eidg. O. R. beherrscht; Verträge erbrechtlicher Natur, speziell Erbtheilungsverträge unterstehen dagegen ausschliesslich dem kantonalen Rechte. (Entsch. v. 6. Sept. 1890 i. S. Ruegg c. Ruegg.)

---

4. *Art. 229 O. R. Abschluss des Kaufgeschäfts; genügt Bestimmbarkeit des Kaufpreises oder ist Bestimmtheit desselben erforderlich?*

Zwischen D. einerseits und H. und K. anderseits war ein schriftlicher Kaufvertrag abgeschlossen worden, nach welchem die Gesellschaft H. u. K. das Geschäft des D. auf Grundlage der zu diesem Zwecke anzufertigenden Inventuraufnahme übernahm. Art. II des Vertrages schreibt rücksichtlich der Preisbestimmung vor: „Die Preise für die Rech„nungsstellung sind wie folgt zu fixiren: a) Bei Samen ist „der Preiskurrent des M. bezüglich Preisansatz massgebend „u. s. w. b) Bei allen übrigen Waaren kommen die Preis„ansätze, welche sich im amtlich beglaubigten Inventar vom „. . . . vorfinden, in Anrechnung. c) Bei Berechnung der „Mobilien und Geschäftsutensilien gelten die im vorgenannten „Inventar angesetzten Preise. d) Artikel, deren Preise aus „dem obbemerkten Katalog und Inventar nicht ersichtlich „sind, werden zum Ankaufs- resp. Selbstkostenpreis ange„rechnet."

Das kantonale Obergericht nahm an, ein Kaufvertrag sei nicht zur Perfection gelangt, weil nicht auch das Inventar von beiden Parteien unterzeichnet sei. Es führte aus, das Inventar sei im vorliegenden Falle ein sehr wesentlicher Bestandtheil des Vertrages, weil es nicht nur die Spezifikation der verkauften Waaren, sondern auch die Angabe des Kaufpreises im Einzelnen und in der Summe enthalte, welche in dem eigentlichen Kaufvertrage fehle. Die Parteien hätten sich nun offenbar dahin geeinigt, den Kaufvertrag schriftlich abzufassen; bis diese Form gehörig erfüllt sei, könne der Vertrag nicht als perfekt betrachtet werden. Zur Erfüllung der Schriftform gehöre aber jedenfalls die Unterschrift des Verpflichteten nicht nur auf der eigentlichen Vertragsurkunde,

---

[1]) Vgl. Revue, V N°. 3.

sondern auch auf dem Inventar. **Anderer Ansicht** war das **Bundesgericht**. Der Begründung seines Urtheils entnehmen wir folgendes:

Zum Wesen des Kaufes gehört die Einigung über Sache und Preis (Art. 229 O. R.). Dabei ist aber, was die Preisbestimmung anbelangt, durchaus nicht erforderlich, dass der Preis bei Abschluss des Vertrages ziffermässig fest bestimmt und bekannt sein müsse, sondern es genügt, dass er objektiv bestimmbar ist, d. h. dass ausdrücklich oder stillschweigend solche Vereinbarungen getroffen sind, wonach der gewollte Preis objektiv, ohne neue Einigung der Parteien, ermittelt werden kann. Das O. R. enthält eine Sondervorschrift, wodurch für den Kauf Bestimmtheit des Preises als besonderes Erforderniss der Gültigkeit aufgestellt würde, überall nicht. Es gelten also für die nöthige Bestimmtheit der Leistungen des Käufers einfach die allgemeinen, für Obligationen überhaupt massgebenden Grundsätze; etwas mehreres, ein certum pretium im Sinne des römischen Rechts, erfordert das O. R. nicht. Nach allgemeinen Grundsätzen aber genügt es, dass der Inhalt der Obligation objektiv bestimmbar ist. Nun kann keinem Zweifel unterliegen, dass im vorliegenden Falle der Kaufpreis auf Grundlage des Kaufvertrages vom . . . durchaus bestimmbar ist. Die Parteien haben für jede einzelne Kategorie der verkauften Gegenstände ganz genaue Normen der Preisbestimmung vereinbart, theils durch Bezugnahme auf die Preiskurrente des M.'schen Geschäftes und auf die Inventarwerthe, theils indem sie den Anschaffungs- resp. Selbstkostenpreis als massgebend erklären; an der Hand dieser Normen ist der Kaufpreis objektiv leicht zu ermitteln. Ebenso enthält das Vertragsinstrument die Einigung über den Kaufgegenstand; als solcher ist unzweideutig das „Geschäft" des Klägers, d. h. der zu demselben gehörige Inbegriff von Waaren und Utensilien bezeichnet. Freilich sind die einzelnen Sachen, welche zu dieser Sachgesammtheit gehören, im Vertrage nicht aufgezählt, sondern ist dafür, wie für deren Werthung, auf ein aufzunehmendes Inventar verwiesen. Allein dies ändert nichts daran, dass die Einigung der Parteien über den Kaufgegenstand vorliegt; die einzelnen Sachen, welche die verkaufte Gesammtheit bilden, sind eben durch ihre Zugehörigkeit zu letzterer bestimmt; zum Zwecke der Preisbestimmung und der Erfüllung des Vertrages müssen sie allerdings noch gezählt und klassifizirt werden; allein eine Voraussetzung der Verbindlichkeit des Kaufes ist dies nicht. Für letztere genügt es, dass die einzelnen verkauften Sachen objektiv be-

stimmbar sind. Das Vertragsinstrument enthält somit die Einigung der Parteien über Preis und Waare; also über die Essentialien des Kaufes. Irgend welcher Anhaltspunkt dafür, dass nichtsdestoweniger durch dessen Unterzeichnung der Kauf nicht definitiv habe abgeschlossen werden, sondern die Parteien sich den endgültigen Entschluss über die Genehmigung des Kaufes bis nach Aufstellung und Prüfung des Inventars haben vorbehalten wollen, ist von der Vorinstanz nicht festgestellt und liegt nicht vor. (Entsch. v. 5. Sept. 1890 i. S. Dürr c. Haab und Kerber.)

---

5. *Art. 350 ff. O. R. Dienstvertrag oder Werkvertrag? Gegenstand dieser Verträge; Bestimmung des Lohnes.*

Hierüber spricht sich ein b.-gerichtliches Urtheil folgendermassen aus: Hat Jemand die Fertigstellung eines Werkes als Unternehmer übernommen, so haftet er für die solide kunstgerechte Ausführung desselben von Gesetzeswegen, ohne dass es einer ausdrücklichen Garantieübernahme bedurfte. Ebenso steht der Annahme eines Werkvertrages nicht entgegen, dass die Vergütung, welche der Besteller dem Uebernehmer zu leisten hat, nicht vertraglich zum vornherein fest bestimmt worden ist. Dies ist zur Perfektion eines Werkvertrages ebenso wenig wie zu der eines Dienstvertrages erforderlich. Sofern die Parteien ein festes Geschäft haben abschliessen wollen, ohne gleichzeitig einen bestimmten Lohn zu vereinbaren, so gilt gemäss Art. 365 O. R. angemessener Lohn als stillschweigend vereinbart und ist dieser im Streitfalle vom Richter festzustellen. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliege, ist einzig, ob aus der Gesammtheit der festgestellten Thatsachen sich ergiebt, ob der Handwerker die Fertigstellung des Werkes, die Herstellung des fertigen Arbeitsproduktes, übernommen hat, oder ob er nur durch Leistung persönlicher Dienste zu Ausführung eines vom Bauherrn selbst geleiteten Baues Hülfe zu leisten hatte. Nun stellt die Vorinstanz thatsächlich fest, dass die Arbeiten ständig vom Zimmermann G. geleitet wurden. Dieser zog die zu deren Ausführung nöthigen Gehülfen bei und leitete deren Thätigkeit; thatsächlich führte also G. den Bau aus. Er leistete nicht etwa nur einzelne Zimmermannsarbeiten, sondern er erstellte mit seinen Leuten den ganzen Bau. Dem gegenüber darf nicht aus dem Umstande, dass hie und da auf dem Arbeits-

platze auch der Bauherr B. erschien, um anzugeben, wie er das Werk ausgeführt wissen wolle, gefolgert werden, dass dieser den Bau selbst ausgeführt und G. bloss als sein Arbeiter mitgewirkt habe. Denn der Bauherr wird dadurch, dass er vorschreibt, wie der Bau beschaffen sein müsse, und auch während des Baues einzelne Weisungen rücksichtlich der Ausführung giebt, nicht zum Unternehmer. Unternehmer bleibt derjenige, welcher die Herstellung des Werkes nach den Angaben und Weisungen des Bauherrn übernommen hat. (Entsch. v. 4. Okt. 1890 i. S. Bartl c. Goor.)

---

6. *Art. 547 O. R. Auflösung einer Gesellschaft aus wichtigen Gründen. 1) Beschränkung der richterlichen Kognition auf die im Prozesse rechtzeitig geltend gemachten Auflösungsgründe. 2) Massgebendes Princip; 3) Inwiefern berechtigt Hazardspiel eines Gesellschafters die andern zur Auflösung?*

1) Allerdings ist in Gemässheit des Art. 547 O. R. darüber, ob ein wichtiger Grund für vorzeitige Auflösung der Gesellschaft vorliege, nach richterlichem Ermessen zu entscheiden. Allein der Grundsatz des Art. 547 ist ein materiellrechtlicher, kein prozessualischer. Das richterliche Ermessen entscheidet gemäss Art. 547 cit. darüber, ob die in prozessualisch richtiger Form vorgebrachten Auflösungsgründe als wichtige zu betrachten seien und daher den Kläger zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft berechtigen. Für die prozessuale Form ihres Vorbringens hingegen ist das kantonale Gesetz des Prozessortes massgebend; dürfen nach diesem Thatsachen, welche nicht bereits in der Klageschrift vorgebracht wurden, im Prozesse nicht mehr berücksichtigt werden, so hat es dabei sein Bewenden. Es ist auch klar, dass Auflösungsgründe, um vom Richter berücksichtigt werden zu können, von der Partei als solche müssen geltend gemacht worden sein. Die Kognition des Richters beschränkt sich, da es sich durchaus um privatrechtliche Ansprüche handelt, darauf, ob diejenigen Gründe, welche von der Partei hiefür geltend gemacht werden, ihr ein Recht zum vorzeitigen Rücktritte vom Vertrage verleihen. Ob sie ein solches aus anderweitigen, von ihr nicht geltend gemachten Gründen allfällig ableiten könnte, ist vom Richter nicht zu untersuchen. Dieser hat nur zu prüfen, ob die Auflösungserklärung, so wie sie in prozessualisch zulässiger Form abgegeben wurde, durch eine justa causa gerechtfertigt sei.

2) Art. 547 O. R. stellt lediglich den Grundsatz auf,

dass die vorzeitige Auflösung einer Gesellschaft dann verlangt werden könne, wenn „wichtige Gründe“ hiefür vorliegen. Eine erschöpfende oder auch nur exemplifikative Aufzählung bestimmter einzelner Auflösungsgründe giebt das Gesetz nicht, und ebenso wenig stellt es mit ausdrücklichen Worten ein allgemeines Kriterium auf, welches der Richter seiner Entscheidung im Einzelfalle zu Grunde zu legen hätte. Im Sinne und Geiste des Gesetzes ist indess als leitendes Prinzip, welches dem richterlichen Ermessen zur Richtschnur zu dienen hat, festzuhalten, dass ein Gesellschafter zu vorzeitiger Auflösung der Gesellschaft dann berechtigt ist, wenn die wesentlichen Voraussetzungen persönlicher oder sachlicher Art, unter welchen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, nicht oder nicht mehr vorhanden sind (vgl. Renaud, Recht der Kommanditgesellschaft, S. 459 und Hahn, Commentar zum deutschen Handelsgesetzbuch ad Art. 125 § 1), so dass die Erreichung des Gesellschaftszweckes in der beim Abschlusse des Gesellschaftsvertrages beabsichtigten Art unmöglich oder wesentlich erschwert ist.

3) Es ist anzuerkennen, dass unter Umständen die Mitgesellschafter zu sofortiger Auflösung der Gesellschaft berechtigt sind, wenn ein Gesellschafter sich dem Hazardspiele ergiebt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich gerade um staatlich verbotene oder um geduldete Spiele, um reine Glücksspiele oder um Spiele handelt, bei welchen neben dem Zufall auch Geschicklichkeit oder Berechnung eine gewisse Rolle spielen. Zwar liegt in dem Hazardspiele des Gesellschafters kein Verstoss gegen vertragliche Verpflichtungen und auch insoweit, als es sich um staatlich verbotene Spiele handelt, keine unerlaubte Handlung gegenüber der Gesellschaft. Allein als wichtiger Grund im Sinne des Art. 547 des O. R. kann auch ein anderweitiges Verhalten des Gesellschafters in Betracht kommen, sofern es eben geeignet ist, die wesentlichen Voraussetzungen, unter welchen der Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, als hinfällig erscheinen zu lassen. Dies trifft nun dann zu, wenn der Gesellschafter der Spielleidenschaft in einer Weise fröhnt, dass er dadurch seine wirthschaftliche Lage oder Kredit und Ruf der Gesellschaft und der Gesellschafter gefährdet und damit das Vertrauen, welches die Mitgesellschafter bei Abschluss des Vertrages in ihn, als ordentlichen Geschäftsmann, setzen konnten, verscherzt. (Entsch. v. 17. Oktober 1890 i. S. Brucker c. Bresson.)

---

7. *Art. 882, 891, 146 und 148 O. R. Anwendung des eidg. O. R. auf einen Versicherungsvertrag in zeitlicher Hinsicht. Bezieht sich Art. 891 auch auf kündbare Verträge? Stillschweigende Erneuerung eines Vertrages im Sinne dieser Gesetzesbestimmung. Verjährungs- oder Verwirkungsfrist? Welche Verjährungsfrist gilt nach O. R. für Ansprüche aus Versicherungsverträgen? Ist eine vertragliche Abkürzung derselben statthaft?*

W. hatte sich im März 1879 bei der beklagten Gesellschaft gegen Unfälle versichert. Die Versicherung war abgeschlossen auf die Dauer eines Jahres vom 15. März 1879 an, nach § 10 der „Versicherungsbedingungen" erneuern sich indess „alle Versicherungen bei ihrer Ablaufszeit stillschweigend auf einen gleichen Zeitraum unter den gleichen Bedingungen, bis eine Kündigung von der einen oder andern Seite eine Woche vor Ablauf der betr. Police erfolgt." Die Versicherung erstreckt sich nicht auf Unfälle, welche durch Selbstmord entstehen oder welche überhaupt „der Versicherte sich absichtlich oder durch grobe Fahrlässigkeit zuzieht." § 25 der Versicherungsbedingungen bestimmt: „Jede Klage aus dem Versicherungsgeschäft verjährt nach Ablauf von einem Jahre vom Tage des Unfalles an." Im Jahre 1886 wurde W. im Zürcher See ertrunken aufgefunden; in dem daraus entstehenden Prozesse war streitig:

a) ob Selbstmord vorliege und welche Partei in dieser Hinsicht die Beweislast treffe;

b) ob ev. W. den Unfall durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt habe, und

c) ob der Anspruch nach § 25 der Versicherungsbedingungen erloschen sei.

Das B.-Gericht erklärte sich zur Beurtheilung aller dieser Fragen incompetent.

Gründe: Allerdings ist die Entstehung des Anspruches auf Auszahlung der Versicherungssumme durch den Eintritt des Unfalles bedingt; allein letzterer ist nicht die rechtserzeugende Thatsache, sondern er bringt den Anspruch auf die Versicherungssumme nur zur Entstehung, weil und insofern der Versicherungsvertrag dies bestimmt; er erzeugt den Anspruch auf die Versicherungssumme nicht vi propria, sondern nur in Kraft des Versicherungsvertrages. Danach ist die juristische Thatsache, um deren Wirkungen es sich hier handelt, der Versicherungsvertrag und kommt es somit für die zeitliche Rechtsanwendung gemäss Art. 882 O. R. auf den Moment des Vertragsabschlusses an. Frägt es sich nun, ob angesichts des § 10 der allg. Bedingungen zur Zeit des

Unfalles noch fortwährend der ursprüngliche, vor Inkrafttreten des eidg. O. R. abgeschlossene Versicherungsvertrag galt oder ob jedes Jahr stillschweigend ein neuer Vertrag (gleichen Inhaltes wie der ursprüngliche) abgeschlossen wurde, so ist diese Frage im erstern Sinne zu beantworten, wie das Bundesgericht bereits in dem analogen Falle Unfallversicherungsgesellschaft Zürich c. Frey [1]) entschieden hat. Denn in der That hat hier nicht jedes Jahr ein neuer Vertragsschluss stattgefunden, sondern hat einfach das ursprüngliche Vertragsverhältniss, weil dessen Beendigung von keiner Seite herbeigeführt wurde, fortgedauert.

Wenn die Versicherungsbedingungen von „stillschweigender Erneuerung" des Vertrages sprechen, so ist dies ein unzutreffender Ausdruck, der an der rechtlichen Natur des Verhältnisses nichts zu ändern vermag. Eine „stillschweigende Erneuerung" eines Vertrages im juristischen Sinne liegt dann vor, wenn ein auf bestimmte Zeit begründetes Rechtsverhältniss nach Ablauf der Vertragsdauer thatsächlich fortgesetzt und dadurch an Stelle des durch Zeitablauf erloschenen frühern Vertrages stillschweigend ein neuer gleichen Inhaltes abgeschlossen wird. Darum handelt es sich aber hier nicht, sondern um die Fortdauer eines — nach Ablauf einer gewissen Frist kündbaren — Vertrages, weil eine Beendigung desselben durch Kündigung nicht herbeigeführt worden ist. Die Anwendung des Art. 891 O. R. steht also gar nicht in Frage, denn der Art. 891 bezieht sich, wie aus seinem Wortlaute hervorgeht und auch in den Motiven zum Entwurfe eines Einführungsgesetzes zum O. R. (s. Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. IV S. 431) ausdrücklich anerkannt ist, nur auf die stillschweigende Erneuerung durch Zeitablauf beendigter Rechtsverhältnisse, nicht aber auf kündbare Verträge. Die beiden Thatbestände sind juristisch verschieden: beim ersten wird ein neues Rechtsgeschäft stillschweigend abgeschlossen, dessen Gültigkeit von der Handlungsfähigkeit der Parteien im Momente seines Abschlusses abhängt, auf welches eine für den frühern durch Zeitablauf beendigten Vertrag etwa begründete Bürgschaft sich nicht erstreckt u. s. w., im letztern Falle dagegen dauert einfach das alte Rechtsverhältniss mit allen Nebenrechten und drgl. unverändert und ohne neue Willenseinigung der Parteien fort.

Demnach ist für die Entstehung des Versicherungsan-

---

[1]) Diese Revue, III N°. 107.

spruches kantonales Recht massgebend. Insbesondere ist danach für die Frage, ob ein Unfall, für dessen Folgen die Versicherungsgesellschaft einzustehen hat, wegen Selbstmordes des Versicherten nicht vorliege und welche Partei in dieser Richtung die Beweislast treffe, kantonales und nicht eidgenössisches Recht entscheidend. Denn es handelt sich hiebei eben darum, ob die vertraglichen Voraussetzungen der Entstehung des Anspruches auf die Versicherungssumme, ein Unfall im Sinne der Police, gegeben seien, nicht etwa um die Wirksamkeit einer selbständigen, unter der Herrschaft des eidg. O. R. eingetretenen rechtszerstörenden Thatsache. Speziell auch die Grundsätze über die Beweislast, soweit sie überhaupt dem materiellen und nicht dem Prozessrecht angehören, richten sich nach demjenigen Gesetze, welches im allgemeinen das betreffende Rechtsverhältniss beherrscht, und nicht nach dem zur Zeit der Urtheilsfällung geltenden Rechte. Denn die materiell-rechtlichen Grundsätze über Beweislast sind eben ein Ausfluss der materiell-rechtlichen Gestaltung des betreffenden Rechtsverhältnisses und müssen sich also nach dem für letztere entscheidenden Rechte bestimmen. Ebenso ist die Einwendung, der Unfall sei durch grobes Verschulden des Versicherten herbeigeführt worden, nach kantonalem Rechte zu beurtheilen; denn dieselbe macht geltend, es sei zufolge eines Verhaltens des Versicherten, welchem der Vertrag diese Wirkung beilegt, der Anspruch auf die Versicherungssumme nicht zur Entstehung gelangt. Einzig in Betreff der, von der Beklagten in letzter Linie erhobenen sog. Verjährungseinrede könnte sich fragen, ob nicht eidgenössisches Recht anwendbar sei. Sofern die Einwendung wirklich als Einrede der Verjährung im juristischen Sinne des Wortes sich qualifizirte, wäre dies zweifellos zu bejahen; allein in Wahrheit erscheint die erhobene Einrede nicht als Einrede der Verjährung. Sie wird nicht auf das Gesetz, sondern auf § 25 der allgemeinen Versicherungsbedingungen gestützt. Die Bestimmung des § 25 cit. enthält aber, wie rücksichtlich derartiger Vorschriften der Versicherungsverträge in Doktrin und Praxis allgemein anerkannt ist (vgl. z. B. Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechtes S. 275), trotz der gebrauchten Ausdrücke, nicht die Festsetzung einer vertragsmässigen Verjährung, sondern eine Verwirkungsklausel, welche das Recht des Versicherten von vornherein zeitlich begrenzt. Es handelt sich also auch bei dieser Einwendung um eine Frage der Vertragswirkung, d. h. darum, ob nach dem Vertrage das klägerische Recht erloschen, ein vertrag-

licher Endigungsgrund desselben eingetreten sei; es ist somit auch in dieser Beziehung nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar.

Klar ist übrigens, dass, sofern es sich hier um eine nach eidgenössischem Recht zu beurtheilende Verjährungseinrede handelte, dieselbe nach Art. 146 und 148 O. R. unbegründet wäre. (Entsch. v. 25. Oktb. 1890 i. S. Zimmermann und Cons. c. Unfallversich.-Ges. Winterthur.)

---

8. *Art. 6 lit. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes. 1) Entschädigungsberechtigte Hinterlassene. 2) Muss die Alimentationsberechtigung zur Zeit des Todes des Verunglückten bereits wirksam geworden sein? Ausmittelung der Entschädigung.*

1) Nach Art 6 lit. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 steht ein Entschädigungsanspruch nur denjenigen Hinterlassenen eines getödteten Arbeiters zu, welchen derselbe zu Gewährung des Unterhaltes verpflichtet, das heisst rechtlich verpflichtet war; objektiv ist zu ersetzen derjenige Schaden, welcher den unterhaltungsberechtigten Hinterlassenen in dieser ihrer Eigenschaft, das heisst durch Wegfall der Alimentationspflicht entsteht, nicht dagegen ein weiterer, diesen Personen etwa durch den Todesfall entstehender, hievon unabhängiger Nachtheil. Ueber den Bestand und Umfang familienrechtlicher Alimentationspflichten aber entscheidet das kantonale Recht. Wenn Art. 6 lit. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1881 erwähnt, dass zu den entschädigungsberechtigten Hinterlassenen Ehegatten, Kinder beziehungsweise Grosskinder, Eltern beziehungsweise Grosseltern und Geschwister gehören, so wird dadurch nicht angeordnet, dass diese Verwandten unter allen Umständen entschädigungsberechtigt seien, vielmehr besteht ein Entschädigungsanspruch dieser Verwandten eben nur dann, wenn sie dem Getödteten gegenüber alimentationsberechtigt waren, ihnen also ein nach dem Gesetze erstattungsfähiger Nachtheil erwächst.

2) Ersatz für eine wegfallende Alimentationsberechtigung kann gemäss Art. 6 leg. cit. nicht nur dann verlangt werden, wenn dieselbe zur Zeit des Todes des Verunglückten bereits wirksam geworden ist, sondern auch dann, wenn dieselbe überhaupt in thesi bestand, mögen auch die Voraussetzungen ihrer thatsächlichen Geltendmachung noch nicht vorgelegen haben. Das Gesetz will, dass den alimentationsberechtigten Hinterlassenen Ersatz für das ihnen entzogene Recht auf Unter-

haltungsgewährung zu Theil werde, ohne zu unterscheiden, ob dieses Recht bereits oder noch nicht wirksam geworden ist; die Hinterlassenen sollen durch eine Verpflichtung des Betriebsunternehmers ein Aequivalent für die wegfallende Unterhaltungsberechtigung erlangen, welche desshalb, weil sie noch nicht wirksam geworden, nicht weniger ein Recht und daher nicht weniger zu ersetzen ist. Zum Zwecke der Ausmittlung der Entschädigung muss dann der muthmassliche Werth des zu ersetzenden Unterhaltungsanspruches mit Rücksicht auf das Alter und die sonstigen Verhältnisse des Alimentationsberechtigten und Verpflichteten, die hieraus sich ergebende grössere oder geringere Wahrscheinlichkeit seines Wirksamwerdens, die wahrscheinliche Höhe der Unterhaltungsbeiträge, welche der Getödtete zu leisten verpflichtet gewesen wäre, u. s. w. ex æquo et bono nach freiem richterlichem Ermessen zu Geld angeschlagen werden. (Entsch. v. 20. Juni 1890 i. S. Weibel c. Graubünden.)

---

9. *Art. 6 Abs. 2 und Art. 5 lit.* c. *des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Bestimmung der Entschädigung innerhalb des gesetzlichen Maximums; Berücksichtigung von Naturfehlern des Verletzten bei deren Ausmessung.*

Aus Art. 6 Al. 2 leg. cit. folgt nicht, dass in Fabrikhaftpflichtfällen die Entschädigung vom Richter in arbiträrer Weise zu bestimmen und nicht innerhalb des gesetzlichen Maximums und vorbehältlich der gesetzlichen Reduktionsgründe der eingetretene wirkliche Schaden, soweit er nach dem Gesetze erstattungsfähig ist, vom Fabrikherrn zu vergüten sei. Vielmehr ist[1]) auch in Fabrikhaftpflichtfällen grundsätzlich der entstandene wirkliche Schaden, soweit er aus den in Art. 6 lit. a und b aufgezählten Faktoren sich ergiebt, zu ermitteln und innerhalb des gesetzlichen Maximums dem Fabrikherrn aufzuerlegen. Nur insofern einer der in Art. 5 cit. aufgezählten Reduktionsgründe (Zufall, Mitverschulden des Verunglückten oder Einwirkung früherer Verletzungen des Geschädigten) zutrifft, ist auch innerhalb des gesetzlichen Maximums von der so ermittelten Entschädigungssumme ein angemessener Abstrich zu machen, d. h. ein Theil des ermittelten wirklichen Schadens nicht dem Fabrikherrn aufzuerlegen, sondern zu Lasten des Geschädigten zu belassen.

---

[1]) Vgl. Revue, III N°. 13.

Dagegen kann der Umstand, dass der Verletzte an einem Naturfehler leidet und mit Rücksicht hierauf die Folgen des Unfalles für die Erwerbsfähigkeit desselben schwerer sind, als sie es bei normaler Beschaffenheit (in casu eines Auges) gewesen wären, als Reduktionsgrund der Entschädigung nicht in Betracht kommen, d. h. es kann nicht aus diesem Grunde ein Theil des eingetretenen Schadens dem Kläger auferlegt werden. Denn das Gesetz (Art. 5 lit. c. cit.) schreibt wohl vor, dass eine billige Reduktion der Entschädigung dann Platz zu greifen habe, wenn frühere Verletzungen des Geschädigten auf die letzte und deren Folgen Einfluss hatten, nicht aber, dass dies auch dann gelte, wenn die Folgen einer Verletzung wegen eines natürlichen physischen Defektes des Verletzten schwerer sind, als sie es bei normaler physischer Beschaffenheit desselben wären. (S. a. S. d. b.-g. Entsch. VI S. 272 ff. Erw 7.) Nur insofern ist der Naturfehler des Verletzten für das Ausmass der Entschädigung von Bedeutung, als infolge desselben eine geringere als die gewöhnliche Dauer der vollen Arbeitstüchtigkeit desselben auch ohne den Unfall wahrscheinlich war, also der wirkliche Schaden, der dem Verletzten durch den Unfall entstand, geringer zu veranschlagen ist, als dies sonst der Fall wäre. (Entsch. v. 26. Septbr. 1890 i. S. Ryser c. Aebi und Cie.)

---

10. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Kognition des Bundesgerichtes bei Beschwerden über Verletzung von Konkordaten.*

Bei Beschwerden wegen Verletzung von Konkordaten hat das Bundesgericht nur zu prüfen, ob der angefochtene Entscheid Bestimmungen des Konkordates verletze, nicht aber ob dasselbe im übrigen den Thatbestand in faktischer und rechtlicher Beziehung richtig feststelle und würdige. (Entsch. v. 4. Octbr. 1890 i. S. Birrer.)

---

11. *Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes vom 26. April 1887 und Art. 6 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Anfechtung eines Vertrages wegen offenbarer Unzulänglichkeit der Entschädigung. Wegfall des Entschädigungsmaximums.*[1])

Nach der citirten Gesetzesstelle ist ein Vertrag betreffend Entschädigung in Haftpflichtfällen dann anfechtbar, wenn

[1]) Vgl. Revue, VIII Nr. 62 S. 106; V. Nr. 16 und 94.

die durch denselben dem Geschädigten gewährte Entschädigung eine offenbar „unzulängliche" ist. Des Nachweises eines wesentlichen Irrthums bedarf es zu Begründung der Anfechtung nicht; ebensowenig ist die Anfechtbarkeit davon abhängig, dass der Verletzte beim Vertragsschlusse in ungehöriger Weise beeinflusst oder gedrängt worden sei. Das Gesetz stellt vielmehr, in Abweichung allerdings von allgemeinen Rechtsprinzipien, einzig und allein auf die äussere Thatsache der offenbaren Unzulänglichkeit der vereinbarten Entschädigung ab; ist die Entschädigung offenbar unzulänglich, d. h. deckt sie den nach dem Gesetze erstattungsfähigen Schaden augenscheinlich bei weitem nicht, sondern steht sie in einem Missverhältnisse zu demselben, so ist der Vertrag anfechtbar, mag er auch vom Verletzten ohne irgend welche Uebereilung oder Beeinflussung und in voller Kenntniss des Sachverhaltes abgeschlossen worden sein. Zum Wegfall des Entschädigungsmaximums des Art. 6 Abs. 2 des Fabrikhaftpflichtgesetzes genügt, dass der Fabrikherr, nach dem massgebenden kantonalen Strafrechte, sich dem Geschädigten gegenüber des Deliktes der fahrlässigen Körperverletzung schuldig gemacht hat und, auf Strafantrag des Verletzten hin, desshalb bestraft werden konnte. Denn das Gesetz verlangt hiefür nur, dass eine strafrechtlich verfolgbare, nicht aber, dass eine wirklich strafrechtlich verfolgte That vorliege. (Entsch. v. 31. Oktbr. 1890 i. S. Wagenmann c. Mertz & Cie.)

---

12. *Revision von Civilurtheilen, welche das Bundesgericht als obere Instanz erlassen hat. Revisionsgrund des Art. 192 lit. c. eidg. C. P. O.*

1) Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichtes sind Art. 192 ff. eidg. C. P. O. auf Urtheile, welche das Bundesgericht als obere Instanz in Civilsachen erlassen hat, analog anwendbar.

2) Wegen angeblich unrichtiger rechtlicher Qualifikation richtig aufgefasster Thatsachen kann die Revision eines rechtskräftigen Urtheils nicht begehrt werden. Dazu ist vielmehr der Nachweis eines in der Würdigung der Thatsachen begangenen richterlichen Versehens erforderlich. (Entsch. v. 18. Oktbr. 1890 i. S. Bruhin c. Bruhin.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

13. *Concurrence déloyale. Dommages et intérêts. Art. 50 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 1er mai 1890 d. l. c. Beetschen c. Gruaz.

Beetschen, fruitier de Céligny, se sert d'un moule à beurre portant le nom de Céligny; Gruaz a fait fabriquer un moule à beurre identique à celui qu'emploie Beetschen, et s'en est servi en le plaçant sur des morceaux de beurre auxquels manquait une partie du poids réel qu'ils auraient dû avoir. Beetschen a ouvert action à Gruaz, requérant 1. le paiement de 500 fr. de dommages-intérêts; 2. la condamnation du défendeur à retirer immédiatement, sous peine de 10 fr. d'indemnité par chaque jour de retard, de ses dépôts le beurre portant le nom de „Céligny"; 3. la publicité du jugement dans divers journaux. Le Tribunal a admis les conclusions du demandeur sous la réduction indiquée plus bas.

Motifs: Attendu qu'il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une poursuite basée sur l'usage d'une marque dont B. pourrait avoir seul la propriété, s'il avait accompli les formalités prévues par la loi fédérale (ce qui n'est pas établi), mais bien plutôt d'une action en concurrence déloyale.

Attendu qu'il ne saurait être contesté que le fait de donner à un produit le nom d'un lieu où il n'est pas prouvé qu'il se confectionne, mais où, en revanche, se trouve une fabrique du même produit, constitue une concurrence déloyale; qu'un tel acte peut aboutir non-seulement à porter préjudice à l'établissement en question, mais encore aux particuliers qui, en achetant la marchandise imitée, risquent de se voir ainsi absolument trompés sur la qualité de leurs achats.

Attendu que cet acte est d'autant plus grave lorsque, comme dans l'espèce, le public est induit en erreur sur le poids même des marchandises achetées; que cette fraude, qui consiste à faire naître une confusion entre les marchandises du commerçant scrupuleux et celles du concurrent déloyal, porte au premier un sérieux préjudice;

Attendu qu'en présence de ce qui est constaté, Gruaz doit des dommages-intérêts au demandeur; que le Tribunal estime suffisant d'arrêter le chiffre de l'indemnité due à fr. 150 et aux dépens de l'instance.

Quant au retrait du beurre portant le nom Céligny des divers dépôts du défendeur, attendu qu'il y a lieu de l'ordonner, à peine de 5 fr. d'indemnité par jour de retard dès la signification du présent jugement.

Quant à la publicité dans les journaux, attendu qu'il est loisible à B. de publier à ses frais le présent jugement, s'il le croit bon, mais que le Tribunal ne pense pas que, dans les circonstances de la cause, il convienne d'ordonner cette publication aux frais de Gruaz.

---

14. *Schadenersatz aus Delikt. Verantwortlichkeit der Theilnehmer an einem Raufhandel. Art. 50 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. August 1890 i. S. Marie von Gunten c. Knabenhans u. Cons.

In einer Gastwirthschaft, welche von der Klägerin als Kellnerin bedient wurde, veranlassten die als Gäste anwesenden Beklagten K., F. und Z. muthwilliger Weise mit einem dort befindlichen Italiener Streit, welcher gleich in eine Rauferei übergieng; hiebei erhielt die Klägerin, welche wegen des ziemlich beengten Raumes den Streitenden nicht genügend ausweichen konnte, zwei Stiche in den rechten Oberarm. Der Urheber dieser Verletzung konnte nicht ermittelt werden; dieselbe hatte ausser zeitweiser Arbeitsunfähigkeit eine dauernde Beeinträchtigung des Gebrauches von zwei Fingern der rechten Hand und zwar eine Verminderung der Streckfähigkeit und der Sensibilität zur Folge. Auf die Klage der v. G. wurden jene drei Theilnehmer am Raufhandel verurtheilt, dieser als Schadenersatz und Schmerzengeld die von ihr verlangte Summe von Fr. 380 zu bezahlen.

Motive: Der Streit, in dessen Verlauf die Klägerin verletzt wurde, war von den Beklagten, durch ihr ungebührliches Benehmen, hervorgerufen. Die Beklagten konnten nun leicht voraussehen, dass bei der Veranstaltung einer Rauferei in dem engen Wirthschaftslocale eine Gefahr für die in der Stube befindlichen Personen und Sachen entstehe. Dass sie trotzdem von ihrem unziemlichen und widerrechtlichen Benehmen nicht abliessen, ist den Beklagten als Fahrlässigkeit anzurechnen. Dieselben sind auf Grund von Art. 50 O. R. für die hieraus der Klägerin erwachsenen nachtheiligen Folgen verantwortlich; denn es kann der letztern weder Selbstverschulden noch Mitverschulden vorgeworfen werden. Nach Art. 60 O. R. ist die Haftbarkeit der Beklagten eine solidarische.

---

15. *Cession oder Anweisung? Art. 184, 406 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 18. Juli 1889.

Jos. Sch. war Gläubiger des L.; dieser hatte seinerseits an die Seethalbahngesellschaft ein grösseres Guthaben, welches er an Jost W. in dem Sinne abgetreten hatte, dass W. als Cessionar des L. die Forderung gegen die Bahngesellschaft einklagen und was er aus dem Process erlange, nach Abzug aller Kosten dem L. oder dessen Rechtsnachfolgern aushändigen solle. Der Process wurde durch Vergleich erledigt, laut welchem die Bahngesellschaft an L. Fr. 6122 zahlen sollte. Sie deponierte diese Summe gerichtlich, weil mehrfach Ansprüche darauf von Creditoren des L. erhoben wurden. Am 17. Mai 1886 trafen Jost W., L. und Jos. Sch. ein mündliches Abkommen, wonach L. erklärte, er weise den Sch. für seine Forderung von 2000 Fr. auf sein Guthaben bei der Seethalbahn an, bezw. er habe an ihn einen gleich grossen Betrag von diesem Guthaben auf Rechnung seiner Forderung abgetreten. Jost W. erklärte seinerseits, er nehme die mündliche Mittheilung als schriftliche Zustellung an und werde sie vormerken. Am 31. Mai 1887 stellte L. über dieses Abkommen noch eine schriftliche Urkunde aus. Aber schon im April 1887 hatte Franz M. für eine Forderung an L. einen Arrest auf das gleiche Guthaben erwirkt, und bald darauf gerieth L. in Concurs. Jos. Sch. beanspruchte nun vor Franz M. die Priorität für seine Rechte auf das deponierte Guthaben, auf Grund des Abkommens von 1886. M. bestritt diesem Abkommen, da es sich um Abtretung einer Forderung handle, die Wirksamkeit Dritten gegenüber, weil ihm die in Art. 184 O. R. vorgeschriebene schriftliche Form fehle. Die Abtretung sei erst mit 31. Mai 1887 Dritten gegenüber wirksam geworden, damals aber habe er (M.) den Arrest schon erwirkt gehabt und gehe daher mit seiner Arrestansprache vor. Das Obergericht erklärte den Kläger Jos. Sch. für berechtigt, den Betrag von Fr. 2000 aus dem deponierten Guthaben mit Vorgang vor dem Beklagten M. zu beziehen.

Motive: Es muss vorab darauf hingewiesen werden, dass es nach bekannten Rechtsgrundsätzen nicht darauf ankommen kann, welche Bezeichnung die Parteien allfällig dem mündlichen Abkommen vom 17. Mai 1886 gegeben haben, auf welches der Kläger sich als Titel seiner Rechtsansprüche beruft, sondern es hat der Richter bei seiner rechtlichen Qualifikation des Geschäftes auf den zu Tage liegenden wirklichen Vertragswillen zu sehen. Hinwieder ist im Zweifel

immer zu Gunsten derjenigen Qualifikation zu entscheiden, welche für die Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit eines thatsächlich abgeschlossenen Rechtsgeschäftes streitet. — Im vorliegenden Falle ist wesentlich zu beachten, dass bei dem Abkommen vom 17. Mai 1886 drei Personen mitgewirkt haben, nämlich der heutige Kläger als Gläubiger des L., der letztere als Schuldner des ersteren und als Gläubiger des Jost W. und endlich W. als Schuldner des L. Dieses Moment spricht entschieden nicht zu Gunsten der Qualifikation des Rechtsgeschäftes als Cession, sondern für eine andere Vertragsform, nämlich die Anweisung (Assignation) im Sinne des Art. 406 O. R. Allerdings ist auch bei der Abtretung die Mitwirkung des Schuldners (debitor. cessus) nicht ausgeschlossen; sie ist aber dabei etwas bloss Zufälliges, während sie für die Anweisung wesentlich ist. Demgemäss aber muss, wenn thatsächlich die drei Betheiligten bei dem Rechtsgeschäft mitgewirkt haben, offenbar eher für die Anweisung als für die Abtretung entschieden werden. Dass im Uebrigen bei dem Abkommen vom 17. Mai 1886 alle für den Begriff der Anweisung wesentlichen Momente gegeben sind, kann nicht bestritten werden. Der Beklagte hatte allerdings darauf hingewiesen, dass Jost W. im Momente des Abkommens vom Mai 1886 in Wirklichkeit nicht Schuldner des L. gewesen sei, indem er lediglich die Verpflichtung hatte, das, was aus dem Processe gegen die Seethalbahn für L. resultiren werde, an diesen bezw. seinen Rechtsnachfolger auszubezahlen. Allein es ist zunächst nicht ersichtlich, wieso dieser Umstand für die Qualifikation des Abkommens als Abtretung sprechen sollte. Gerade für den Begriff der Anweisung ist es ja nicht durchaus wesentlich, dass der Angewiesene der Schuldner des Anweisenden ist, während für den Begriff der Abtretung das Schuldverhältniss zwischen dem Abtretenden (Cedenten) und dem Abgetretenen (debitor cessus) wesentlich ist. Im Uebrigen ist das Sachverhältniss nach der hier in Frage stehenden Richtung klar. Jost W. war pflichtig dasjenige zu bezahlen, was aus dem Processe für L. resultiren würde; nun wurde er beauftragt, von dem eventuellen Resultate 2000 Fr. statt an L. an den Kläger zu bezahlen, und diesen Auftrag hatte er angenommen. Hierin liegt aber eine Anweisung, jedenfalls eher als eine Cession. Demnach kommt die Formvorschrift des Art. 184 O. R. hier nicht in Frage, vielmehr hat die stattgefundene Anweisung, weil hiefür die Vorschrift der schriftlichen Form nicht besteht, als sofort in Wirksamkeit getreten zu gelten.

---

16. *Eigenthumsvorbehalt bei Verkauf wiefern zulässig?*[1]) *Art. 210 und 264 O. R.*

Baselstadt. Urtheile des Civilgerichts vom 25. Febr. und des Appellationsgerichts vom 10. April 1890 i. S. Jäggi c. Concursmasse Förster.

Am 4. April 1887 ist zwischen Möbelhändler Jäggi und dem nunmehrigen Falliten L. Förster folgender „Miethvertrag" abgeschlossen worden: „1. Es verleiht G. Jäggi-Huber folgende Gegenstände an Hrn. L. Förster (folgt die Aufzählung diverser Mobiliarstücke). 2. Die monatliche Zinsvergütung beträgt laut Uebereinkunft Fr. 30. 3. Der Miether hat den Minderwerth der Gegenstände, soweit derselbe durch Missbrauch und Mangel an Sorgfalt herbeigeführt worden ist, zu ersetzen. 4. Dagegen steht dem Entlehner jederzeit frei, die betr. Gegenstände als Eigenthum zu erwerben, insofern er die volle Summe von Fr. 1130 an den Vermiether abgetragen haben wird."

Am 14. August 1889 kam L. Förster in Concurs. Bis zu diesem Zeitpunkte hatte Jäggi theilweise mittelst Betreibung von Förster Zahlungen erhalten im Betrage von Fr. 717.25.

Während der Auskündungsfrist vindicierte nun Kläger von der Concursmasse die in obigem Miethvertrag bezeichneten Mobiliarstücke in natura, mit der Begründung, dass laut Vertrag diese Mobiliarstücke so lange Eigenthum des Creditors seien, bis die bezahlten Miethsraten die Summe von Fr. 1130 erreicht hätten. Die bezahlten Fr. 717.25 seien als verfallener Miethzins zu betrachten. Eventuell verlangte Kläger Zahlung der im Vertrag festgesetzten Summe von Fr. 1130 zuzüglich Betreibungskosten von Fr. 19.25, total Fr. 1149.25, abzüglich der geleisteten Zahlungen von Fr. 717.25, also Fr. 432 als privilegierte Forderung.

Die Concursbehörde anerkannte nur eine nicht privilegierte Restforderung von Fr. 432, den Vindicationsanspruch bestritt sie völlig, indem sie das als Miethvertrag bezeichnete Abkommen rechtlich als Kaufvertrag mit Ratenabzahlungen auffasste.

Das Civilgericht wies die Vindication des Klägers ab.

M o t i v e: Der Vertrag, auf welchen sich der Kläger stützt, ist seinem eigentlichen Sinn nach nicht sowohl ein Miethvertrag als ein Kaufvertrag, worin sich der Verkäufer das Eigenthum an dem Kaufobject so lange vorbehält, bis die Summe sämmtlicher Ratenzahlungen den als Kaufpreis festgesetzten Betrag von Fr. 1130 wird erreicht haben. Der

---

[1]) Vergl. diese Revue, VIII N°. 107 und das dortige Citat.

Eigenthumsvorbehalt in solcher Form entspricht weder der Billigkeit noch dem Rechte. Da derselbe sich auf eine Sachgesammtheit und nicht auf einzelne Sachen bezieht, die nach Erlegung der einzelnen Theilzahlungen successive in's Eigenthum des Käufers übergehen würden, würde der Letztere bei stricter Anwendung der Vertragsbestimmungen Gefahr laufen, die gesammten Kaufobjecte und alles bezahlte Geld zu verlieren, wenn er sich nur mit der letzten Theilzahlung im Verzug befände. Ein Eigenthumsvorbehalt mit solchen Consequenzen kommt einer Verpfändung gleich. Nun ist nach O. R. Art. 210 eine Verpfändung von Mobilien ohne Uebertragung derselben in den Besitz des Pfandgläubigers unzulässig und also auch nicht in der Form eines Eigenthumsvorbehalts anzuerkennen. Folglich ist Kläger mit seinem Vindicationsanspruch abzuweisen, und bezüglich der Restforderung des Kaufpreises von Fr. 432 als einfacher Creditor zu behandeln.

Das Appellationsgericht sprach durch Urtheil vom 10. April 1890 dem Kläger die vindicierten Gegenstände gegen Rückerstattung des durch sachverständige Schatzung festzustellenden Mehrwerths der Gegenstände über den noch geschuldeten Kaufpreis von Fr. 432 hinaus zu.

Motive: Es ist dem erstinstanzlichen Urtheil darin beizustimmen, dass der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag seiner rechtlichen Natur nach nicht als ein Miethvertrag, sondern vielmehr in der Hauptsache als ein Kaufvertrag aufzufassen ist, worin sich der Verkäufer das Eigenthum an dem Kaufobject so lange vorbehält, bis die Summe sämmtlicher Ratenzahlungen den als Kaufpreis festgesetzten Betrag von Fr. 1130 erreicht haben wird, und wobei dann allerdings die verkauften Gegenstände dem Käufer einstweilen leihweise überlassen werden. Was dagegen die Frage betrifft, ob ein solcher Verkauf mit Eigenthumsvorbehalt zulässig sei oder ob er nicht mit den im eidgen. O. R. aufgestellten Grundsätzen über Eigenthumserwerb und Pfandrecht an Mobilien in Widerspruch stehe und daher rechtlich unstatthaft erscheine, so gehen die Ansichten über diese Frage in Theorie und Praxis auseinander. Nun hat aber das Bundesgericht in seinem Urtheil vom 10. März 1888 in Sachen Schmid gegen Masse Rothermel sich dahin ausgesprochen, dass einer Parteivereinbarung über Eigenthumsvorbehalt keine verbietende Gesetzesnorm entgegensteht. Nach dieser für die kantonalen Gerichte massgebenden Auffassung des Bundesgerichts kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der in unserem Falle gemachte Eigen-

thumsvorbehalt als ein zulässiger zu betrachten und in Rechten zu schützen ist. Bezüglich der rechtlichen Wirkungen eines solchen Vorbehalts muss immerhin davon ausgegangen werden, dass der Zweck desselben lediglich darin besteht, dem Verkäufer die grösstmögliche dingliche Sicherheit für den von ihm creditierten Kaufpreis zu verschaffen. Es muss ferner daran festgehalten werden, dass der Vorbehalt sich nur auf das Eigenthumsrecht bezieht, den obligatorischen Kaufvertrag aber unberührt lässt, bezw. dass nur die Wirkung der Tradition durch denselben bedingt wird, der Kaufvertrag aber unbedingt geschlossen wird. Wenn daher der Verkäufer die verkauften Gegenstände kraft des Vorbehalts aus der Masse des Käufers vindiciert, so ist er desshalb nicht verpflichtet, die ihm laut Vertrag geleisteten Anzahlungen zurückzuerstatten. Denn der Kaufvertrag bleibt zu Recht bestehen und der Zweck des Vorbehaltes würde vereitelt werden, wenn der Werth der Sache sich inzwischen vermindert hätte, und der vindicierende Verkäufer dennoch verpflichtet wäre, die bereits erhaltenen Abschlagszahlungen herauszugeben. Dagegen entspricht es vollständig dem erwähnten Zwecke des Vorbehalts, dass der vindicierende Verkäufer nicht mehr erhält als den Werth des ihm noch geschuldeten Kaufpreisrestes und dass, wenn der Werth der Gegenstände zur Zeit der Herausgabe den noch rückständigen Theil des Kaufpreises übersteigt, dem Käufer ein Anspruch gegen den Verkäufer auf Erstattung der Bereicherung zusteht. Im vorliegenden Falle hat daher der Beklagte die vindicierten Gegenstände an den Kläger herauszugeben; letzterer aber hat den durch sachverständige Schatzung festzustellenden Mehrwerth derselben über den noch geschuldeten Kaufpreis von Fr. 432 an den Beklagten zurückzuerstatten.

---

17. *Verpfändung von Lebensversicherungspolicen. Erfordernisse derselben. Retentionsrecht. Art. 215, 224 f. 846 O. R.*

Bern. Urtheil des App.- und Cass.-Hofes vom 7. März 1890 i. S. Bank in Winterthur c. Coulbois u. Cons.

J. G. K. hatte der Bank in W. für eine Forderung von ca. 30,000 Fr. zwei von der Cölner Lebensversicherungsgesellschaft Concordia ausgestellte Lebensversicherungspolicen im Betrage von ca. 24,000 Fr. als Faustpfänder und mit Verpfändungsurkunde übergeben. In seinem Geltstage wurden diese Policen zur Masse gezogen und der Anspruch der Bank

in W. auf bevorzugte Anweisung auf deren Werth in allen Instanzen abgewiesen.

Motive: Die Klägerin hält die Verpfändung für eine gültige, weil die Policen Inhaberpapiere seien. Aber auch wenn die Policen auf den Inhaber lauten, so ist damit noch nicht gesagt, dass sie eigentliche Inhaberpapiere seien. Nach Art. 846 O. R. gilt der Inhaber einer Urkunde, in welcher eine Leistung an den Inhaber versprochen wird, als forderungsberechtigt. Der Schuldner ist also gegenüber dem Inhaber zur Zahlung verpflichtet, sofern ihm nicht Einreden zustehen, welche gegen die Gültigkeit der Urkunde gerichtet sind oder aus der Urkunde selbst hervorgehen. Von solchen Inhaberpapieren sind aber wesentlich verschieden die sog. hinkenden oder uneigentlichen Inhaberpapiere, bei welchen der Inhaber als solcher gegen den Schuldner kein Recht aut Zahlung, wohl aber der Schuldner ein Recht auf Zahlungsleistung an den Inhaber hat. Die Inhaberclausel hat bei diesen Papieren lediglich die Bedeutung, dass die Präsentation des einzulösenden Papiers als ausreichende Legitimation betrachtet werden darf. Wenn der Schuldner gutgläubig leistet, so liberiert ihn die Zahlung an den Inhaber. Andrerseits ist aber der Schuldner berechtigt, und wenn Thatsachen vorliegen, welche in dem Zahlenden das Bewusstsein erzeugen müssen, dass die Zahlung nicht in die Hände des Berechtigten gelangt, verpflichtet, von dem Präsentanten des Papiers zu verlangen, dass er sein Recht oder die Inkassovollmacht des Berechtigten nachweise. Zu solchen Legitimationspapieren werden aber von den meisten Schriftstellern auch die Policen mit der Inhaberclausel gerechnet (vgl. Lewis, Lehrb. des Versicherungsrechts, S. 171). Der Grund dazu liegt darin, dass die Police als ein negotiables Papier, welches für den Umlauf bestimmt ist, gar nicht gedacht werden kann; „denn die Leistung, welche der Versicherer verspricht, hängt ab von einem der Zeit nach unbestimmten Ereigniss, ist auch bedingt durch verschiedene fortdauernde Verpflichtungen des Versicherungsnehmers, als Prämienzahlung, Anzeige von Gefahrserhöhung. Es kann sich daher ein Marktpreis dafür, ein Curs nicht bilden. Das Papier identificiert sich denn auch nach den Anschauungen des Verkehres nicht mit dem Rechtsverhältniss, über welches es Kunde giebt. Kann aber die Police ihrer Natur nach kein negotiables Papier sein, so erlangt sie diesen Character auch nicht dadurch, dass sie auf den Inhaber gestellt wird.“ Erscheint somit die Police nicht als wahres Inhaberpapier im Sinne des Art. 846 O. R., so

konnte die Verpfändung auch nicht durch blosse Uebergabe der Police an den Faustpfandgläubiger bewirkt werden, sondern es musste zu Uebergabe und schriftlicher Beurkundung der Verpfändung die Benachrichtigung des Schuldners, also hier des Versicherers, hinzutreten (Art. 215 O. R.). Eine solche hat aber nicht stattgefunden.

Auch die eventuelle Geltendmachung eines Retentionsrechtes gemäss Art. 224 f. O. R. ist nicht als richtig anzuerkennen. Denn 1. ist das Retentionsrecht nur an beweglichen körperlichen Sachen und Werthpapieren möglich. Die Annahme aber, dass die Police ein Werthpapier sei, ist nicht ohne Weiteres eine gegebene. Durch den Umstand allein, dass sich der Versicherer mit der Präsentation des Papiers als der ausschliesslichen Legitimation begnügen darf, wird eine Urkunde noch nicht zum Werthpapier gemacht; damit ist an sich nur gesagt, dass das Papier zur Verwerthung des darin beurkundeten Rechtes dienlich sein kann, dass dem Papier also eine beweisrechtliche Funktion zukommt, aber noch nicht, dass es zur Verwerthung des Rechtes erforderlich ist und ihm also auch eine privatrechtliche Funktion innewohnt, welche letztere allein das Werthpapier als solches characterisiert. Erst wenn das Papier für die Ausübung und für die Uebertragung des darin verbrieften Rechtes unentbehrlich ist, wenn also die Leistung, abgesehen vom Amortisationsfalle, nur gegen das Papier erfolgt, ist ein Legitimationspapier, als welches eine Versicherungspolice zu gelten hat, zugleich ein Werthpapier. Ob in casu die fraglichen Policen nach ihrem besonderen Inhalt wirklich Werthpapiere seien, lässt sich nicht beurtheilen, weil sie nicht vorliegen (!). Es fehlt somit an dem ersten Requisite, welches für die Annahme eines Retentionsrechtes vorhanden sein müsste. Die weitere Behauptung, dass die Forderung und der Gegenstand der Retention in einem Zusammenhange stehen, oder dass das Retentionsrecht unter Kaufleuten geltend gemacht werde, ist nicht einmal aufgestellt, so dass auch das Requisit der Connexität mangelt. Endlich würde es auch an der, eine Voraussetzung der Geltendmachung des Retentionsrechts bildenden Benachrichtigung des Schuldners fehlen. Als Anmeldung des Retentionsrechtes ist die Eingabe der Klägerin nicht zu betrachten, da sich dieselbe lediglich auf die Faustpfandverträge stützt.

---

18. *Werkvertrag. Verweigerung der Annahme. Ist Musterwidrigkeit an sich schon ein erheblicher Mangel? Art 358 O. R.*

Thurgau. Urtheil der Recurscommission des Obergerichts v. 22. Mai 1890 i. S. Fässler c. Sohmer.

Laut schriftlichem Vertrag sollte S. dem F. ein eisernes Gartengeländer erstellen, 1 Meter hoch und im Uebrigen nach dem Muster des Geländers bei Fischer in Hub, zum Preise von Fr. 6.60 per laufenden Meter. Nach Ausführung der Arbeit stellte F. das Geländer dem S. wegen mehrfacher Mängel zur Disposition. Der vom Untergericht eingeholte Expertenbefund ergab, dass die Felderhöhe des streitigen Geländers 79,6 cm., die Lichtweite zwischen den senkrechten Stäben 10—10½ cm. gegenüber 8½ cm. des Mustergeländers betrage, dass die Façon etwas differiere und die Drahtschlaufen mangeln, dass aber die sämmtlichen Abweichungen vom Mustergeländer unwesentlich seien und mit Rücksicht auf den niedrigen Erstellungspreis ein Minderwerth nicht festgesetzt werden könne. Die erste Instanz hielt nun den F. zur Annahme des Werkes an, aber unter Reduktion der Forderung des S. um Fr. 40 wegen einiger immerhin erheblicher Mängel. Beide Parteien appellierten und in zweiter Instanz wurde die Klage des S. abgewiesen und F. bei seiner Annahmeweigerung geschützt.

Motive: Die entscheidende Frage, ob die Mängel des Werkes erhebliche seien, ist, in Abweichung von den Anschauungen der Experten, ohne Rücksicht auf den vereinbarten Preis zu prüfen, und muss bejaht werden. Vor allem ist die Differenz von 20,4 cm. oder einem vollen Fünftel zwischen der Höhe des bestellten und der des gelieferten Geländers eine nicht zu rechtfertigende Abweichung vom Vertrage, ebenso auch die, 1½—2 cm. betragende Differenz in der Sprengweite der Stäbe. Die Qualification dieser Abweichungen als erhebliche Mängel ergiebt sich daraus, dass derartige Abweichungen nicht nur, wie in concreto F. behauptet, die praktische Zweckbestimmung eines Geländers als Schutzvorrichtung, z. B. gegen das Eindringen von Hühnern, wesentlich beeinträchtigen, sondern auch in ästhetischer Beziehung dem individuellen Geschmacke des Bestellers möglicherweise vollständig zuwiderlaufen. Es folgt übrigens auch aus dem allgemeinen Grundsatze der Unverletzlichkeit der Verträge, dass ein Uebernehmer, welcher ein Werk nach genau bestimmten Dimensionen zu liefern sich verpflichtet, bestellungsgemäss zu liefern hat und für den aus einem zu niedrigen Preisansatz ihm allfällig erwachsenden Nachtheil nicht durch

willkürliche Abweichung vom Werkvertrage sich schadlos halten darf.

---

19. *Verjährung der Klagen gegen Collectivgesellschafter aus Ansprüchen an die Gesellschaft im Falle der Nichteintragung letzterer im Handelsregister. Art. 585, 586 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 4. Okt. 1890 i. S. Lüssi & Cie. c. Wolfensberger.

Die Gebrüder Wolfensberger betrieben unter der gemeinsamen Firma „Gebrüder Wolfensberger", jedoch ohne als Collectivgesellschaft im Handelsregister eingetragen zu sein, ein mechanisches Geschäft und wurden an Lüssi & Cie für gelieferte Eisenwaaren Fr. 6042. 80 schuldig. Im Jahr 1883 gerieth einer der Brüder W., Jakob, in Concurs und bei diesem Anlass wurde das Geschäft liquidiert und nachher nicht fortgesetzt. Lüssi & Cie., welche mit ihrer Forderung grösstentheils zu Verlust kamen, klagten dieselbe im Jahre 1889 gegen den nicht fallit gewordenen Bruder, Heinrich W., ein, der aber die Verjährungseinrede vorschützte. Das Bezirksgericht Horgen wies in der That die Klage ab, weil Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen an die Gesellschaft in 5 Jahren nach Auflösung der Gesellschaft verjähren, diese 5 Jahre aber in casu schon abgelaufen seien. Der Gesetzgeber habe diesen (in Art. 585 O. R. ausgesprochenen) Satz durch die Bestimmung des Art. 586, dass die Verjährung mit dem Momente der Eintragung der Gesellschaftsauflösung im Handelsregister beginne, nicht auf Ansprüche an eingetragene Gesellschaften beschränken wollen. Das Motiv zur Statuierung der kurzen Verjährungsfrist sei nicht das gewesen, die eingetragenen Collectivgesellschafter gegenüber den nicht eingetragenen zu bevorzugen, sondern die für alle (eingetragenen und nicht eingetragenen) Gesellschafter zutreffende Erwägung, dass für dieselben möglichst bald eine Zeit kommen müsse, mit deren Beginn sie sich von allen Schulden der Gesellschaft frei wissen können. Die Nichteintragung der Gesellschaftsauflösung habe nach Art. 861 O. R. nur die Wirkung, dass der auf die Auflösung sich Berufende dieselbe einem Dritten nur entgegenhalten kann, wenn er beweist, dass ihm solche ohnehin bekannt war. Hier aber haben zweifellos Kläger die Auflösung der Gesellschaft gekannt. Die Appellationskammer des Obergerichts reformierte das Urtheil unter Zurückweisung der Verjährungseinrede.

Motive: Der Art. 585 O. R. schreibt allerdings vor, dass Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen an

die Gesellschaft in fünf Jahren nach Auflösung der letzteren verjähren. Nach Art. 586 beginnt aber die Verjährung erst zu laufen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist. Wenn die Meinung des Gesetzgebers nur dahin gegangen wäre, die Verjährung solle beginnen mit dem Zeitpunkte der Auflösung der Collectivgesellschaft, resp. mit dem Momente, wo die Auflösung einem Gläubiger bekannt geworden sei, so könnte unzweifelhaft jeweilen da, wo die Auflösung in das Handelsregister einzutragen unterlassen wurde, die Bestimmung des Art. 861 Satz 3 O. R. angerufen werden. Nun wollte aber der Gesetzgeber mit Art. 586 offenbar ein Mehreres und zwar die Aufstellung eines festen, und weiteren Beweises bezüglich des Eintritts nicht bedürfenden, Zeitpunktes als Momentes für den Beginn der Verjährung. Die in Art. 585 aufgestellte Verjährung bildet eine der Ausnahmen von der allgemeinen Regel der Verjährung der Forderungen mit dem Ablaufe von 10 Jahren (Art. 146 O. R.), und als Ausnahme ist dieselbe nur unter den vom Gesetze festgestellten Voraussetzungen in Anwendung zu bringen. Die in Art. 586 erwähnte Voraussetzung trifft nun hier nicht zu, da unbestrittenermassen weder die Entstehung noch die Auflösung der Collectivgesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist. Wenn, wie die erste Instanz unter Herbeiziehung des Art. 861 annimmt, etwas darauf ankommen sollte, in welchem Zeitpunkte der Gläubiger der Collectivgesellschaft von der stattgefundenen Auflösung Kenntniss bekommen habe, so würde dies in manchen Fällen zu Streit darüber führen, in welcher Zeit jene Thatsache als dem Gläubiger bekannt geworden anzusehen sei, und diesfalls unter Umständen noch ein Beweisverfahren erforderlich werden. Die Auffassung der ersten Instanz würde auch dazu führen, dass, da die Eintragung der Auflösung immer erst einige Zeit nach der letzteren erfolgen kann, den Gläubigern einer Societät, welche die Eintragung unterliess, die Verjährungsfrist früher ablaufen würde, die Gesellschafter also aus der gesetzeswidrigen Unterlassung den Vortheil früherer Befreiung von ihren Verbindlichkeiten erlangen würden, als diejenigen Gesellschafter, welche der gesetzlichen Vorschrift Genüge geleistet haben. Solche Bevorzugung jener ersteren Gesellschafter kann unmöglich Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. — Nach diesen Ausführungen muss in allen Fällen, wo die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft in das Handelsregister unterblieben ist, die Voraussetzung der Verjährung von fünf Jahren als

nicht vorhanden angesehen werden. Die Folge davon ist, dass nur die gewöhnliche Verjährung von 10 Jahren in Frage kommen kann.

---

20. *Divorce. Le tribunal peut confier l'éducation des enfants à un tiers, non obstant une transaction contraire des époux séparés. Loi féd. sur le mariage du 24 déc. 1874, Art. 49.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 16 avril 1890 d. l. c. époux X.

Le Tribunal de Moudon a prononcé le divorce entre les époux Henri et Emma X. En ce qui concerne les trois enfants nés du mariage, le tribunal a dit que, vu l'ensemble des faits du procès et de la situation respective des époux, il y a lieu d'ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que ceux-ci soient confiés, pour leur entretien et leur éducation, à une tierce personne qui sera désignée par la Justice de paix du cercle de M. jusqu'à leur majorité, et que les époux X. paieront à la personne qui sera désignée le prix de cet entretien dans la proportion des deux tiers pour l'époux et d'un tiers pour l'épouse. Les époux X. ont recouru tous deux contre ce jugement, dont ils demandent la réforme en ce qui concerne seulement l'adjudication des trois enfants. Ils estiment que le Tribunal de M. aurait dû leur adjuger les enfants; à l'audience du Tribunal cantonal, ils déposent une transaction faite entr'eux et contenant que l'enfant Elise est confiée à sa mère pour son entretien et son éducation et que les enfants Lina et Louis restent confiés à leur père. Ils requièrent le Tribunal cantonal de sanctionner cette transaction. Le Tribunal a écarté les recours et renvoyé la cause au Tribunal de M. pour qu'il désigne lui-même la tierce personne à laquelle les enfants seront confiés.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 49 de la loi féd., le Tribunal doit prononcer d'office sur les effets ultérieurs du divorce quant à l'éducation et à l'instruction des enfants.

Que pour s'occuper du sort des enfants, le Tribunal n'a nullement à s'inquiéter des désirs ou des voeux des époux divorcés, mais qu'il ne doit voir que le plus grand avantage des enfants.

Considérant dès lors, que le Tribunal ne saurait tenir compte de la transaction des parties.

Considérant que les faits constatés au procès démontrent que les deux époux ont eu et ont encore une conduite irré-

gulière, ne pouvant donner qu'un mauvais exemple à leurs enfants.

Que le plus grand avantage de ceux-ci est dès lors, qu'ils soient confiés à une tierce personne.

Qu'une telle décision n'est, du reste, pas définitive et que les époux pourront toujours se présenter à nouveau devant le Tribunal de M. pour en demander la modification, si leur conduite s'améliore et si le plus grand avantage des enfants commande, dès lors, qu'ils ne soient plus confiés à un tiers.

Considérant, d'autre part, que le Tribunal de M. a prononcé que la tierce personne serait désignée par la Justice de paix de M.

Qu'une telle décision n'est pas conforme aux art. 156 ss. C. c., qui ont bien entendu donner au Tribunal lui-même le devoir de désigner la tierce personne chargée des enfants.

---

21. *Divorce. Demande du mari en vertu des art. 46 et 47 loi fédérale du 24 déc. 1874. Adultère du mari, malgré sa prescription, cause d'excuse valable.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 8 juillet 1889.

Ch. A. X. a formé une demande en divorce contre sa femme; il invoque que sa femme se livre à l'égard de son mari à des scènes de vociférations et de violences, qu'elle ouvre sa correspondance privée et a à plusieurs reprises manifesté l'intention de demander son divorce; il conclut, en conséquence, à ce que le divorce soit prononcé en application des art. 46 et 47 loi féd. sur l'Etat civil. La dame X. conclut principalement au rejet de la demande; elle ne méconnait pas que le lien conjugal ne soit profondément atteint, mais en attribue la faute à son mari, lequel se serait rendu coupable d'adultère à plusieurs reprises et l'aurait gravement injuriée. Subsidiairement, elle conclut, pour le cas où le divorce serait prononcé, à ce qu'il le fût contre son mari et à ce qu'il fût fait application à celui-ci des dispositions de l'art. 48 loi fédérale. Le tribunal civil a prononcé le divorce en application de l'art. 47 loi féd., le lien conjugal ayant subi une atteinte profonde et irréparable. Appel a été interjeté de ce jugement par la dame X. La Cour de Justice civile l'a réformé et débouté le demandeur de sa demande en divorce.

Motifs: Les premiers juges ont estimé que depuis plusieurs années la mésintelligence la plus grave régnait entre les époux .... ils ont reconnu, d'autre part, qu'il était constant que X. s'était rendu coupable d'adultère, mais qu'une

période de plus de six mois s'étant écoulée depuis que la dame X. en avait eu connaissance, ce fait ne pouvait être invoqué par elle contre son mari.

La Cour ne saurait adopter la même solution. On ne peut faire abstraction du fait que X. s'est rendu coupable d'adultère à plusieurs reprises. Plus de six mois s'étant écoulés depuis le moment où la dame X. en a eu connaissance, celle-ci ne saurait évidemment se baser sur ce fait pour demander le divorce en application de l'art. 46 a loi féd.; mais ce fait peut et doit être retenu alors qu'elle l'invoque à sa décharge pour expliquer sa conduite envers son mari, et il ne saurait être oublié alors qu'il s'agit de peser les torts respectifs des époux et de décider auquel des deux doit être attribuée la responsabilité de la situation où ils se trouvent actuellement.

L'inconduite de X. a été une des causes principales de la discorde qui règnent dans le ménage; c'est elle qui a amené les époux à échanger la correspondance produite par eux et dans laquelle ils se prodiguent les injures les plus grossières.

Dans ces circonstances, on ne saurait méconnaître que c'est au mari surtout qu'incombe la responsabilité de l'état de choses actuel dans le ménage.

L'époux seul demandeur en divorce ne saurait, ainsi que le reconnaît une jurisprudence constante (voir arrêts Keller, Cour de Justice, 23 avril 1888; Tribunal fédéral, 1er septembre 1888) bénéficier, malgré l'opposition de la partie adverse, d'un état de choses dû en tout ou partiellement à ses propres agissements répréhensibles, et se baser sur ses propres torts pour obtenir le divorce en vertu de l'art. 47 loi féd.

La circonstance que la dame X. a formé une demande subsidiaire en divorce, ne saurait modifier la situation, cette demande, à supposer même qu'elle pût être déclarée recevable, n'ayant été formée que pour le cas où le divorce serait accordé à l'intimé, ce qui n'est pas le cas.

---

22. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Klagverjährung. Berechnung der Verjährungsfrist bei Irrthum. Art. 28 u. 154 O. R. und B.-G. v. 25. Juni 1881 Art. 12.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 15. Juli 1890 i. S. Böglin c. Preiswerk.

Der Arbeiter Böglin war am 25. Februar 1889 im Baugeschäft H. Preiswerk verunglückt und hatte im April 1889

über seine Entschädigung einen Vergleich abgeschlossen und auf weitere Ansprüche verzichtet. Nach mehr als einem Jahre klagte er unter Anfechtung des Verzichtes auf eine Schadenersatzzahlung von Fr. 6000, weil er bei Abschluss des Vergleichs die Folgen des Unfalls noch nicht in ihrer vollen Tragweite habe voraussehen können. Der vom Beklagten in erster Linie erhobenen Einrede der Verjährung hielt er entgegen, dass Art. 28 O. R. anzuwenden sei, wonach die Klagfrist mit dem Tage der Entdeckung des Irrthums zu laufen beginne; eventuell, dass die Verjährung durch die von ihm am 24. Februar 1890 bei der Polizei gemachte Anzeige unterbrochen worden sei. Das Civilgericht wies den Kläger ab und das Appellationsgericht bestätigte am 25. September 1890 dieses Urtheil.

Motive: Die Einreden des Klägers gegen die Verjährung müssen verworfen werden. Es handelt sich, wie die beklagte Partei richtig bemerkt hat, um eine Forderung, deren Rechtsgrund die Fabrikhaftpflicht bildet, nicht um Anfechtung eines Vertrages wegen Irrthums, Art. 9 des erweiterten Haftpflichtgesetzes steht mit Art. 28 O. R. in keinerlei Zusammenhang; er setzt keine der in letzterem Art. genannten Mängel voraus, sondern hat lediglich eine „offenbar unzulängliche Entschädigung“ zur Grundlage; er sagt nur, dass in solchen Fällen der Unternehmer sich der Einrede des Vergleichs nicht recht wirksam bedienen könne. Damit ist aber über die Verjährung des Schadenersatzanspruches nichts von der allgemeinen einjährigen Verjährung des Art. 12 Abweichendes bestimmt. Vielmehr steht auch Art. 9 unter der für alle Kläger aus Unfall geltenden Norm des Art. 12. Dass die Anzeige des Klägers bei der Polizei diese Verjährung unterbrochen habe, kann ebensowenig gesagt werden. Art. 154 O. R. normirt in erschöpfender Weise die Unterbrechung der Verjährung. Da das Haftpflichtgesetz über diesen Gegenstand nichts enthält, muss auch die Unterbrechung der Verjährung der Haftpflichtklagen dem allgemeinen Rechte des Art. 154 unterstellt werden. Nun kann es aber keinem Zweifel unterliegen, dass eine gerichtliche Klage nicht durch die vom Gesetz vorgeschriebene Anzeige ersetzt werden kann. Art. 4 des Fabrikgesetzes verfolgt wesentlich administrative, statistische und andere Zwecke und Art. 12 des Haftpflichtgesetzes giebt dem Verletzten nur das Recht auf eine vorsorgliche Expertisirung seines Zustandes, auch ohne dass eine solche durch gerichtliche Klage beantragt und vom Richter angeordnet zu werden braucht.

Dass damit eine processualische Vorschrift im Sinn der klägerischen Erörterungen habe geschaffen werden wollen, muss als eine willkürliche Interpretation der angezogenen Stellen verneint werden. Dass im Uebrigen die Verjährungsfrist sowohl vom Tage des Unfalls, als auch vom Tage des Vergleichs an gerechnet abgelaufen ist, steht unbestritten fest; es braucht daher auf die Frage, ob der erst- oder der zweitgenannte Moment für den Beginn der Verjährung massgebend sei, nicht eingetreten zu werden.

---

23. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Auslegung von Art. 9 Abs. 3 des B. G. vom 25. Juni 1881.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 23. August 1890 i. S. Hauger c. Höllmüller.

Ph. Höllmüller, Bauschreinereigeschäft, hatte mit der schweiz. Unfallversicherungsgesellschaft Winterthur eine combinierte Collectivversicherung abgeschlossen; diese besteht darin, dass die Gesesellschaft 1) für Tod, Invalidität und vorübergehende Erwerbsunfähigkeit Versicherung gegen alle körperlichen Unfälle gewährt, welche die im Geschäfte des Versicherungsnehmers angestellten Personen bei Ausübung ihrer Berufsgeschäfte treffen, und 2) dem Versicherungsnehmer als Haftpflichtversicherung jede Mehrleistung über die in 1. festgesetzte Entschädigung hinaus bis zur vollen Höhe des Betrags vergütet, zu der er wegen desselben Unfalles auf Grund des Fabrikhaftpflichtgesetzes verpflichtet werden sollte. An die Versicherungsprämie zahlte Höllmüller stets $^2/_3$, während $^1/_3$ von den Arbeitern durch Lohnabzüge erhoben wurden. — Am 7. September 1889 verletzte sich der Arbeiter Hauger bei Verrichtung seiner Arbeit und war in Folge davon 65 Tage arbeitsunfähig, erlitt somit bei einem Taglohn von Fr. 4. 20 eine Einbusse von Fr. 273. Die Versicherungsgesellschaft zahlte ihm Fr. 292, also 19 Fr. über seinen effectiven Schaden hinaus. Nun verlangte er aber von Höllmüller noch weitere Fr. 91, als $^1/_3$ des ihm erwachsenen Schadens von Fr. 273, weil Höllmüller, da die Arbeiter für $^1/_3$ Selbstversicherer seien, nicht die ganze von der Gesellschaft ausbezahlte Summe, sondern nur $^2/_3$ davon an dem laut Gesetz zu prästierenden Schaden abrechnen dürfe. Nur wenn die Versicherung alle Unfälle und Erkrankungen umfassen würde (was hier nicht zutreffe, da sich die Versicherung nur auf Unfälle im Geschäft erstrecke), könnte Höllmüller den ganzen von der

Gesellschaft bezahlten Betrag abrechnen. Der Einzelrichter sprach dem Hauger seine Forderung zu. Dieses Erkenntniss wurde jedoch cassiert und die Klage abgewiesen.

Motive: Der Kläger und der Vorderrichter legen Art. 9 Abs. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes dahin aus, dass die Versicherung nicht blos die mit dem Fabrikbetriebe in Verbindung stehenden, sondern überhaupt alle den Arbeiter irgend wo und wann aus irgend einer Ursache treffenden Unfälle und Erkrankungen umfassen müsse. Diese Auslegung ist aber eine offensichtlich falsche, gegen klares Recht verstossende. Allerdings liegt der Grund, warum das Gesetz in Art. 9 Abs. 1 den Arbeitgeber schon dann zum Abzug der vollen Versicherungssumme von der ihm obliegenden Entschädigung berechtigt erklärt, wenn er mindestens die Hälfte der Versicherungsprämien übernimmt, trotzdem der Arbeiter für den Rest Selbstversicherer bleibt, wohl darin, dass die vom Arbeitgeber mitgetragene Versicherung weiter geht als dessen Haftpflicht. Allein sie geht auch dann weiter, wenn sie die Versicherungssumme, wie hier, dem Arbeiter voll und ganz nur unbedingt für alle mit seiner Berufsthätigkeit zusammenhängenden Unfälle und Erkrankungen, also auch dann garantiert, wenn diese die Folge höherer Gewalt oder Selbst- bezw. Mitverschuldens, reinen Zufalls etc. sind. Und nun ist zu sagen, dass das Gesetz (Art. 9 Abs. 3) lediglich eine Versicherung in diesem Umfange im Auge hat und nicht eine solche, die überhaupt alle, also auch die den Arbeiter ausserhalb seiner Berufsthätigkeit, gleichviel wann und wo treffenden Unfälle und Erkrankungen umfasst. Der Gesetzgeber wollte den Arbeitgeber durch die Vorschrift des Art. 9 Abs. 3 zur Versicherung seiner Arbeiter gegen Unfälle und Erkrankungen anregen, welche beim Betriebe des Geschäftes erfolgen, nicht aber auch zur Versicherung derselben bei Reisen, Bergbesteigungen u. s. w. Eine Vorschrift in letzterer Beziehung würde offenbar über den Rahmen und die allgemeinen Ziele des Bundesgesetzes, welches die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb zum Gegenstand hat, weit hinausgehen. An eine derartige Ausdehnung jener Bestimmung hat der Gesetzgeber jedenfalls nicht gedacht. Gegen jene Verallgemeinerung des Sinnes der Gesetzesstelle spricht sodann auch, dass überall, wo im Haftpflichtgesetz von „Erkrankungen“ im Unterschied von „Unfällen“ die Rede ist, unzweifelhaft die spezifischen „Berufskrankheiten“ verstanden werden. Hieraus folgt, dass bei Fabrikbetrieben, wobei specifische Berufskrankheiten nicht vorkommen, der

Arbeitgeber dem Erforderniss des Art. 9 Genüge leistet, sobald er die Arbeiter gegen körperliche Unfälle versichert.[1])

---

24. *Exécution d'un jugement français rendu par défaut. Convention franco-suisse du 15 juin 1869, Art. 1, 13, 16.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 15 avril 1890 d. l. c. Soc. anon. Comité Union en liq. c. D.

D. domicilié à Neuchâtel est porteur de 25 actions anciennes de la Société l'Union Générale libérées de 250 francs et sur lesquelles il reste encore 250 fr. à verser. La faillite de l'Union Générale a été prononcée par jugement du Tribunal de Commerce de la Seine le 2 février 1882. Par transaction du 15 mai 1884, le syndic de la faillite a cédé à la Société anonyme Comité Union à Paris tous les droits de la faillite sur l'appel de fonds relatif à la libération des actions anciennes de la Société l'Union Générale. Ensuite de cette cession le Comité Union, se fondant sur une disposition des statuts de l'Union Générale par laquelle tous les actionnaires étaient obligés de faire élection de domicile à Paris, assigna D. devant le Tribunal de Commerce de la Seine aux fins de s'entendre condamner à payer la somme de Fr. 6250 pour la libération des 25 actions dont il était porteur. D. ne s'étant pas présenté fut condamné par défaut le 23 mai 1889 au paiement de cette somme; puis le Comité Union demanda au Tribunal cantonal l'exéquatur de ce jugement aux termes des art. 15 ss. de la Convention franco-suisse de 1869. D. opposa à cette demande: 1. Le jugement émane d'une juridiction incompétente; D. eût dû être recherché devant son juge naturel; le Comité Union ne peut se prévaloir d'une élection de domicile convenue par contrat entre D. et l'Union Générale; cette élection de domicile est un droit inhérent à la personne qui ne peut être cédé; il n'y a pas de lien de droit entre D. et le Comité Union. 2. Le C. O. n'accorde aucune action pour une dette de jeu; cette disposition doit trouver son application dans l'espèce, car il est de notoriété publique que l'Union Générale s'est livrée à des opérations de jeu qui lui étaient interdites par les statuts. — Le Tribunal cantonal a écarté les exceptions soulevées par D. et accordé l'exéquatur du jugement du Tribunal de Commerce de la Seine.

---

[1]) Vergl. zu diesem Urtheile: C. Chr. Burckhardt, Versicherung in Haftpflichtfällen, in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, N. F. X S. 20.

Motifs: Attendu qu'il résulte des statuts de l'Union Générale que D. avait un domicile à Paris avec attribution de for pour toutes les contestations qui pourraient s'élever au sujet des affaires sociales . . . .

Qu'il n'est pas douteux qu'en présence de cette élection de domicile et de l'art. 3 de la Convention franco-suisse de 1869 la compétence du Tribunal de Commerce de la Seine pour prononcer sur le litige devrait être reconnue si la contestation existait entre D. et la Société l'Union Générale.

Attendu que le domicile d'élection convenu dans un contrat se transmet activement et passivement aux héritiers et aux ayants cause des parties contractantes.

Attendu que le Comité Union ne peut être envisagé comme étant un tiers pour D., puisqu'il agit comme cessionnaire aux droits de la faillite de l'Union Générale.

. . . .

Attendu que de l'ensemble des motifs qui précèdent il résulte que le jugement du 23 mai 1889 n'émane pas d'une juridiction incompétente.

Quant à l'exception de jeu:

Attendu que D. n'allègue pas qu'en achetant 25 actions anciennes de l'Union Générale il ait entendu se livrer à une opération de jeu.

Qu'il ne prétend pas davantage avoir acheté ces 25 actions de la Société elle-même ou par son entremise.

Que cet achat d'actions ne présente aucun des caractères du jeu.

Attendu que si la Société l'Union Générale s'est livrée, comme le prétend l'opposant, à des opérations aléatoires interdites par les statuts et qui auraient amené sa ruine, cette circonstance n'atténue en rien l'engagement des actionnaires de libérer leurs actions conformément aux clauses des statuts.

Que les actionnaires peuvent d'autant moins se prévaloir de ces opérations aléatoires et antistatutaires qu'elles sont imputables à des personnes déterminées que les actionnaires devaient considérer comme leurs propres mandataires.

---

25. *Concordat über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15. Juli 1822. Ausscheidung von Mannes- und Frauengut gehört mit zur Inventarisierung.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 17. Mai 1889.

Die Ehefrau des Klägers, eines Zürchers, starb in Schaff-

hausen mit Hinterlassung eines Vermögens. Die Waisenbehörde Schaffhausen inventarisierte dasselbe und nahm zugleich die Ausscheidung nach Mannes- und Frauengut vor. Kläger bestritt ihr die Competenz dazu, da sie nur das Gesammtvermögen festzustellen habe, alles Weitere und so auch die Ausscheidung in Mannes- und Frauengut Sache der heimatlichen (zürcherischen) Gerichte sei. Das Obergericht wies aber seinen Einspruch ab.

Motive: Nach Art. 2 des Concordates betr. Testierungsfähigkeit etc. vom 15. Juli 1822 (welchem Zürich und Schaffhausen beigetreten sind) hat bei Tod eines Niedergelassenen aus einem andern Concordatscanton die Waisenbehörde des Niederlassungsortes lediglich die Verlassenschaft unter Siegel zu nehmen und erforderlichen Falls zu inventarisieren, den Sterbe- und Erbfall aber der heimatlichen Behörde des Niedergelassenen zu melden, welche dann die Verlassenschaft nach ihrem eigenen Gesetz behandelt, speziell sich ergebende Erbstreitigkeiten entscheidet. Nach § 60 des Steuergesetzes muss nun aber die amtliche Inventarisierung im hiesigen Kanton in allen Todesfällen von steuerpflichtigen Kantonseinwohnern erfolgen und es spitzt sich die Frage dahin zu, was unter Inventarisierung zu verstehen ist.

Nun ist richtig, dass der Begriff Inventarisierung an sich ganz wohl im beschränkten Sinn verstanden werden könnte, dass darunter nur Konstatierung des gesammten unausgeschiedenen Nachlasses nach Aktiven und Passiven zu verstehen wäre. Mit grösster Wahrscheinlichkeit wäre das sogar anzunehmen, wenn das Concordat nicht von Inventarisierung, sondern von Beschreibung des Nachlasses sprechen würde, da Art. 1 Abs. 1 des Beschreibungs- und Theilungsgesetzes dreierlei Arten, Beschreibung, Ausscheidung und Theilung unterscheiden zu wollen scheint. Das Concordat gebraucht nun aber ausdrücklich die Bezeichnung Inventarisation, und was nach unserem Rechte unter dieser zu verstehen ist, sagt Art. 18 der Verordnung über die einheitliche Geschäftsführung bei den Waisenbehörden etc. Da heisst es: „Das Inventar ist nach Art. 4 ff. des Gesetzes über Beschreibungen und Theilungen zu erstellen, wobei nach Aufstellung des entsprechenden Vorberichtes vorerst der Gesammtaktivbestand, sodann der Gesammtpassivbestand und das reine Vermögen ermittelt und erst nachher zur Ausscheidung in beigebrachtes Mannsgut, Frauengut und Vorschlag geschritten werden soll.“ Da ist also die Ausscheidung ausdrücklich unter das Inventar inbegriffen. Die langjährige ständige Praxis übt in

unserem Kanton das auch aus und die Regierung hat am 15. März 1876 (Amtsblatt 1876, S. 45) ausdrücklich ausgesprochen: „Eine einfache Beschreibung umfasst also auch eine einfache Ausscheidung des Vermögens in Mannsgut, Frauengut und Vorschlag.“ Sie geht somit noch weiter als das Beschreibungs- und Theilungsgesetz und unterscheidet nicht Beschreibung, Ausscheidung und Theilung, sondern nur Beschreibung, gleichbedeutend mit Inventur und Theilung.

Diese weitere Auslegung des Begriffs Inventarisation rechtfertigt sich auch schon von dem Gesichtspunkt aus, dass der Staat an der Ausscheidung durch die Behörden des eigenen Kantons ein gewisses Interesse bezüglich der Erhebung der Erbschaftssteuer hat.

Zur Inventarisierung gehört demnach auch die Ausscheidung des vorhandenen Vermögens in eingebrachtes Manns- und Frauengut und Errungenschaft. Die Vertheilung der letzteren unter den Manns- und Frauenstamm dagegen ist darin nicht inbegriffen. Sie ist nicht mehr blosse Feststellung des vorhandenen Vermögens und seiner Herkunft, sondern schon eine eigentliche Frage des Erbrechts, regelt sich nach den erbrechtlichen Bestimmungen, welche bekanntlich in den Kantonen Schaffhausen und Zürich ganz verschieden sind. Sie muss den Behörden des Heimathkantons des Erblassers überlassen bleiben.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

26. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilsachen; sind auch sog. Theil-Endurtheile der selbständigen Weiterziehung an das Bundesgericht fähig?*

Kantonale Entscheide, durch welche nur über einzelne von mehreren neben einander eingeklagten, nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilenden Ansprüchen (ob- und subjective Klagenhäufung), oder bei erhobener Widerklage nur über die Klage oder Widerklage definitiv entschieden, bezüglich der übrigen Ansprüche dagegen ein Beweisverfahren angeordnet wird (sog. Theil-Endurtheile), sind auch bezüglich derjenigen Ansprüche, über welche definitiv entschieden worden, selbständiger Weiterziehung an das Bundesgericht nicht fähig, sondern es bleibt dieselbe vorbehalten, bis über sämmtliche eingeklagte Ansprüche entschieden ist. (Entsch. v. 8. Juni 1888 i. S. Dubied c. Knoppe; vom 29. November 1890 i. S. Zinowieff c. Delay, und vom 24. Januar 1891 i. S. Swift c. Degrange & Cie.)[1]

---

27. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Civilsachen. Streitwerth; Reduction desselben durch den Kläger vor*

---

[1]) Zu bemerken ist, dass in diesen Fällen die mehreren Klageansprüche auf demselben Rechtsgrunde beruhten, bezw. der widerklagsweise geltend gemachte Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche im Zusammenhang stand.

letzter kantonaler Instanz, angeblich um die Sache der Kompetenz des B.-Ger. zu entziehen.[1])

F. & Cie. hatten die Gebr. V. für Fr. 3000 belangt. Nachdem Kläger in erster kantonaler Instanz obgesiegt hatten, reduzirten sie vor zweiter Instanz ihre Forderung auf Fr. 2950 und es wurde ihnen dieser Betrag zugesprochen. Das Bundesgericht, an welches Gebr. V. die Streitigkeit weiter zogen, erklärte sich inkompetent, weil der gesetzliche Streitwerth von Fr. 3000 mangle und es gleichgültig sei, ob die Klagpartei ihre Forderung nur deshalb reduzirt habe, um die Sache der Kompetenz des Bundesgerichtes zu entziehen,[2]) oder ob sie dabei von andern Motiven geleitet gewesen sei. Denn das Gesetz verbiete nicht, die Parteibegehren mit Rücksicht auf die geltenden Kompetenzbestimmungen einzurichten resp. zu beschränken. (Entsch. v. 22. Novbr. 1890 i. S. Falk & Cie. c. Gebr. Vota.)

---

28. *Art. 50 O. R. Klage auf Schadensersatz wegen Ausstellung eines ungünstigen amtlichen Leumundszeugnisses.*

Z. und W., Präsident und Schreiber des Gemeinderathes T., wurden von der Frau St. auf Schadensersatz belangt, weil sie in einem amtlichen Leumundszeugnisse erklärt hatten, „ihr Ruf betreffend Wahrheitsliebe und moralisches Verhalten sei weniger gut; doch könne und wolle Niemand Klage erheben.“ Die Klage wurde abgewiesen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir Folgendes:

Eine unerlaubte Handlung läge dann vor, wenn die Beklagten bei Erstattung des Leumundsberichtes über die Klägerin absichtlich aus persönlicher Leidenschaft oder Missgunst die Wahrheit entstellt oder dabei fahrlässig verfahren wären, wenn sie ohne alle thatsächlichen Anhaltspunkte und ohne pflichtgemässe Prüfung der Klägerin nachtheilige Angaben gemacht hätten. Dagegen ist klar, dass von einer widerrechtlichen Handlung dann nicht die Rede sein kann,

---

[1]) S. Revue III Nr. 2.

[2]) Die Urkunde, auf welche die Klage gestützt wurde und welche die kantonalen Gerichte für einen Wechsel ansahen (die zweite kantonale Instanz hatte sich bereits in einem Vorurtheile so ausgesprochen), war allerdings kein Wechsel und die Annahme daher nahe liegend, dass das Bundesgericht die Klage abweisen werde.

wenn ein öffentlicher Beamter, der hiezu kraft seines Amtes verpflichtet ist, über den Ruf einer Person, nach pflichtgemässer Prüfung, eine wenn auch minder günstige, ja geradezu nachtheilige Auskunft ertheilt. Hier handelt der Beamte nicht rechtswidrig, sondern gegentheils in rechtmässiger Ausübung seines Amtes.[1]) (Entsch. v. 14. Novbr. 1890 i. S. Strickler c. Zürcher und Waldburger.)

---

29. *Art. 50 O. R. Inwiefern liegt in der Einreichung einer Strafanzeige eine unerlaubte Handlung?*

Die Einreichung einer Strafanzeige qualifizirt sich nicht desshalb allein als rechtswidrige, schuldhafte Handlung, weil das durch sie veranlasste Strafverfahren nachträglich ihre Unbegründetheit ergibt. Dagegen liegt eine widerrechtliche, schuldhafte Handlung dann allerdings vor, wenn das strafrechtliche Einschreiten gegen eine Person durch böswillige oder leichtfertige, fahrlässige Denunziation veranlasst wird. Wer das Einschreiten der Strafjustiz gegen einen Dritten durch Angaben veranlasst, deren Unstichhaltigkeit er kannte oder bei der nach den Umständen ihm zuzumuthenden Aufmerksamkeit kennen musste, macht nicht mehr lediglich von dem Rechte Gebrauch, zum Schutze eigener Rechte oder zur Aufrechthaltung der Rechtsordnung die Intervention der Staatsgewalt anzurufen, sondern bewirkt widerrechtlich und schuldhaft eine Verletzung von Rechtsgütern des Beschuldigten.[2]) (Entsch. v. 19. Dezember 1890 i. S. Knoblauch c. Siegwart u. Cons.)

---

30. *Art. 52 O. R. Begriff des „Versorgers“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung.*

„Versorger“ einer Person oder Familie im Sinne des Gesetzes ist nicht nur derjenige, welcher denselben den gesammten Unterhalt gewährt, sondern auch derjenige, welcher zu ihrer angemessenen Subsistenz bloss beiträgt; ferner ist nicht schlechthin bloss das thatsächliche Verhältniss zur Zeit des Todes entscheidend, sondern darf auch darauf Rücksicht

---

[1]) Vgl. Bähr, in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 212 ff., bes. S. 217 ff.

[2]) S. Revue VIII Nr. 17 u. 81. Vgl. auch Revue III Nr. 70 und VII Nr. 3.

genommen werden, wie dasselbe im normalen Verlaufe der Dinge in der Zukunft sich gestaltet hätte; auch wenn der Getödtete zur Zeit des Todes noch nicht für seine Familie sorgte, nach den Verhältnissen aber anzunehmen ist, dass er in Zukunft deren Versorger und Stütze geworden wäre, ist ein Ersatzanspruch der Hinterlassenen aus Art. 52 O. R. begründet. Auch in diesem Falle haben dieselben ihren zwar nicht gegenwärtigen, wohl aber zukünftigen Versorger verloren und ist ihnen hiefür Ersatz zu gewähren. Das Gesetz wollte offenbar durch die ganz allgemeine Fassung des letzten Satzes des Art. 52 O. R. den Kreis der entschädigungsberechtigten Personen weit ziehen und allen denjenigen einen Ersatzanspruch gewähren, zu deren angemessenem Unterhalte der Getödtete mit oder ohne rechtliche Verpflichtung thatsächlich bereits beitrug oder im ordentlichen Laufe der Dinge in Zukunft beigetragen hätte.[1]) (Entsch. v. 20. Dezbr. 1890 i. S. Liechti c. Aarberg.)

---

31. *Art. 67 O. R. Voraussetzungen der Haftbarkeit des Eigenthümers eines Gebäudes oder andern Werkes. Hinzutreten äusserer Umstände zu dem mangelhaften Zustande des Werkes.*

Die Haftbarkeit des Eigenthümers besteht gemäss Art. 67 allemal dann, wenn die mangelhafte Beschaffenheit eines Gebäudes oder Werkes einen Schaden verursacht, d. h. der Kausalzusammenhang zwischen dem mangelhaften Zustande des Werkes und dem eingetretenen Schaden nachgewiesen ist,[2]) ohne Rücksicht darauf, ob der Schaden durch unmittelbare körperliche Einwirkung des Werkes auf Personen oder Sachen (durch Einsturz u. dgl.) oder in anderer Weise gestiftet wurde. Dadurch, dass neben dem mangelhaften Zustande des Werkes noch ein äusserer Umstand zu dem Eintritte des Schadens mitgewirkt hat, wird die Anwendbarkeit des Art. 67 O. R. nicht ausgeschlossen, sofern dieser äussere Umstand ein solcher ist, welcher nach Gestalt der Umstände im ordentlichen Laufe der Dinge eine schädigende Wirkung nicht hervorbringt, die Richtung auf letztere vielmehr erst durch den mangelhaften Zustand des Werkes erhält. (Entsch. v. 20. Dezbr. 1890 i. S. Liechti c. Aarberg.)[3])

---

[1]) Vgl. Revue VIII Nr. 26 u. 89 und oben Nr. 8.

[2]) Vgl. Revue III Nr. 71; IV Nr. 6 und VIII Nr. 19.

[3]) In casu wurde die Bürgergemeinde Aarberg gestützt auf Art. 67 O. R. zum Schadensersatze verurtheilt, weil in Folge mangelhaften Zustandes

32. *Art. 76 O. R. Verhältniss des eidgenössischen zum kantonalen Rechte. Nach welchem Rechte sind Entschädigungsansprüche aus Enteignung zu beurtheilen?*

Auf Ansprüche aus Enteignung nach kantonalem Rechte findet kein Bundesgesetz Anwendung. Die Entschädigungspflicht des Enteigners ist zwar wohl privatrechtlicher Natur, aber sie entspringt nicht aus einem Thatbestande des Privatrechts, insbesondere nicht etwa aus unerlaubter Handlung oder aus Vertrag, sondern aus einem Thatbestande des öffentlichen Rechts, und wird daher in ihrer Entstehung und in ihrem Umfange nicht durch das Obligationenrecht, sondern, soweit nicht das Bundesspezialgesetz anwendbar ist, durch das kantonale Recht beherrscht; Art. 76 O. R. (Entsch. v. 16. Januar 1891 i. S. Renggli c. Zug.)

---

33. *Art. 198 O. R. Cession grundversicherter Forderungen; massgebendes Recht.*

Für die Abtretung grundversicherter Forderungen, die Formen der Uebereignung u. s. w. ist, mag das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft Schenkung oder ein anderes sein, stets kantonales Recht massgebend. (Entsch. v. 31. Januar 1891 i. S. Vogel c. Drechsler.)[1]

---

34. *Art. 231 O. R. Schadensersatzanspruch wegen Nichthaltung des Versprechens, Liegenschaften an den Verkäufer zurückzuverkaufen; ist derselbe nach eidgenössischem oder nach kantonalem Rechte zu beurtheilen?*

1. H. hatte sich verpflichtet, die von A. St. gekauften Liegenschaften unter gewissen Bedingungen an denselben zurückzuverkaufen, und desshalb die Liegenschaften nicht ohne dessen Zustimmung weiter zu verkaufen. Da er diesem Versprechen zuwiderhandelte, wurde er von St. auf Schadensersatz belangt und vom kantonalen Gerichte verurtheilt. Das Bundesgericht, an welches H. das Urtheil weiterzog, erklärte sich inkompetent. Gründe: Die Klage ist eine

---

des Scheibenhauses ein Zeiger erschossen worden war. Das Urtheil sagt: „ein schädigender Erfolg des Schiessens sei erst durch den mangelhaften Zustand des Scheibenhauses ermöglicht und herbeigeführt worden; letzterer sei daher im Rechtssinne als Ursache des Schadens zu behandeln."

[1]) Vgl. Revue V Nr. 113.

Kontraktsklage, gerichtet auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines Vertrages. Dieser Vertrag ist aber kantonalen, nicht eidgenössischen Rechtes. Denn gemäss Art. 231 O. R. gilt für Kaufverträge über Liegenschaften in allen Richtungen kantonales Recht und zwar auch für Kaufversprechen[1]) in Betreff von Liegenschaften. Nun ist die Uebereinkunft, wegen deren Nichterfüllung geklagt wird, als Nebenvertrag eines Liegenschaftenkaufes abgeschlossen worden und untersteht demnach dem kantonalen Rechte.

2. Dadurch, dass der kantonale Gesetzgeber die Vorschriften des eidgenössischen O. R. auch für die dem kantonalen Rechte unterworfenen Rechtsverhältnisse, sofern letzteres keine besondern Bestimmungen enthält, anwendbar erklärt hat, wird die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht begründet. Denn in ihrer Anwendung auf solche Rechtsverhältnisse gelten die Normen des eidgenössischen O. R. nicht kraft bundesgesetzlicher, sondern kraft kantonalgesetzlicher Anordnung, nicht als Rechtssätze des eidgenössischen, sondern des kantonalen Rechts. (Entsch. v. 15. Novbr. 1890 i. S. Huber c. Stucki.)

---

35. *Art. 826 O. R. Inhalt dieser Gesetzesbestimmung; enthält dieselbe eine Vorschrift über den Gerichtsstand? Nach welchem Rechte ist der Anspruch aus einem im Ausland ausgestellten und zahlbaren Eigenwechsel zu beurtheilen?*

I. hatte während seines Aufenthaltes in Paris drei Billets à ordre zu Gunsten Mad. de C. ausgestellt. Nach seiner Uebersiedelung in die Schweiz von der Gläubigerin hierorts belangt, bestritt er die Kompetenz der schweizerischen Gerichte, unter der Behauptung, dass er gemäss Art. 826 O. R. nur am Ausstellungs- und Zahlungsorte Paris, welcher wechselrechtlich als sein Wohnsitz gelte, aus den 3 Billets gesucht werden könne. Ev. behauptet er, die Billets seien, weil nicht rechtzeitig präsentirt, verwirkt. Darauf antwortete das Bundesgericht:

1. Die Bestimmung des Art. 826 ist überall keine prozessualische, sondern eine materiell-rechtliche. Sie enthält zunächst, dass beim eigenen Wechsel die Angabe eines besondern Zahlungsortes nicht erforderlich ist, sondern, sofern eine solche mangelt, der Ausstellungsort zugleich auch als

---

[1]) S. Revue VIII Nr. 84; VI Nr. 5.

Zahlungs-(Erfüllungs-)Ort gilt. Speziell die Schlussworte („und zugleich als Wohnort des Ausstellers") bedeuten — analog wie die entsprechende Vorschrift des Art. 722 Ziff. 8 für den gezogenen Wechsel —, dass der Ausstellungsort als Wohnort des Ausstellers gelte, für den Wechsel und für die auf Grund des letztern vorzunehmenden Wechselhandlungen (Hartmann, deutsches Wechselrecht, S. 471). Dieser Beisatz ist demnach von Bedeutung dafür, ob der Wechsel als domizilirter zu erachten ist und es daher zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Aussteller der Protesterhebung bedarf, sowie für den Ort der vor Verfall und daher nicht am Zahlungsorte als solchen vorzunehmenden Wechselhandlungen, wie der Präsentation zur Sicht bei Nachsichtwechseln u. dgl. (s. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 23 S. 389 u. f., des R. G. Bd. 8 S. 71). Eine Vorschrift über den Gerichtsstand liegt dagegen darin nicht; über den Gerichtsstand in Wechselsachen entscheiden vielmehr ausschliesslich die Bestimmungen der Prozessgesetze, welche in Wechselsachen selbstverständlich so wenig wie in andern Sachen durch bundesgesetzliche, materiell-privatrechtliche Vorschriften über den Erfüllungsort beseitigt oder ersetzt werden.

2. Die Frage, ob die eingeklagten Billets à ordre präjudizirt seien, ist nicht nach schweizerischem, sondern nach französischem Rechte, als dem Rechte des Ausstellungs- und Erfüllungsortes (wie auch des wirklichen Wohnortes des Ausstellers zur Zeit der Ausstellung) zu beurtheilen, und daher das Bundesgericht gemäss Art. 29 Organis.-Ges. zu deren Beurtheilung nicht kompetent. (Entsch. v. 27. Dezbr. 1890 i. S. de Courcelles c. Iselin.)

---

36. *Oertliche Rechtsanwendung beim Kaufvertrag; nach welchem Rechte richten sich Inhalt und Wirkungen dieses Vertrages, speziell die Wirkungen des Annahmeverzuges?* [1])

Das O. R. stellt über die örtliche Rechtsanwendung keine ausdrücklichen Bestimmungen auf, sondern überlässt deren Entwickelung der Doktrin und Praxis.

Als leitendes Prinzip ist, insoweit es die der Regelung durch den Parteiwillen anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes anbelangt, festzuhalten, dass

---

[1]) Vgl. Böhm, die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen, bes. S. 105 f. S. 124; ferner diese Revue VIII No. 51 und 52.

dieselben nach demjenigen Landesrechte zu beurtheilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als hiefür massgebend entweder wirklich betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten. Hienach müssen beim Kaufe die Wirkungen des Annahmeverzuges des Käufers regelmässig nach dem Gesetze des Erfüllungsortes, d. h. desjenigen Ortes, wo der Verkäufer zu erfüllen hat, beurtheilt werden. Nach diesem Gesetze ist zu beurtheilen, welche Befugnisse dem Verkäufer durch den Annahmeverzug des Käufers erwachsen, unter welchen Voraussetzungen er zum Selbsthülfeverkaufe berechtigt und in welcher Form letzterer vorzunehmen ist u. s. w. Der regelmässigen Gestaltung der Verhältnisse entspricht es gewiss, dass das Gesetz desjenigen Ortes, wo der Verkäufer zu erfüllen hat, auch die für den Fall des Annahmeverzuges zulässigen Erfüllungssurrogate bestimme und das Verfahren regle, welches der Verkäufer bei Verzug des Käufers einzuschlagen hat. Der Käufer muss ja von vornherein darauf gefasst sein, dass, sofern er die rechtzeitige Erfüllung vereitelt, der Verkäufer am Erfüllungsorte zu den dort zulässigen Erfüllungssurrogaten greifen, in den Formen der dortigen Gesetzgebung zum Selbsthülfeverkaufe schreiten werde u. s. w. (Entsch. v. 7. Nov. 1890 i. S. Wuthe c. Liermann.)

---

37. *Art. 2 Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Gehört das Rangiren von Eisenbahnwagen zum Betrieb?*

Das Rangiren von Eisenbahnwagen gehört, da es sich dabei um eine Beförderung auf dem Schienengeleise handelt, zum Eisenbahnbetriebe. Unfälle, welche durch solche Manöver herbeigeführt werden, fallen daher unter das Eisenbahnhaftpflichtgesetz.[1] (Entsch. v. 16. Januar 1891 i. S. Hess c. Badische Staatsbahn.)

---

38. *Art. 5 Eisenbahnhaftpflichtgesetz. Berechnung der Kapitalentschädigung bei Körperverletzungen.*

In Eisenbahnhaftpflichtfällen kann nicht das dem Einkommensausfall (nach den Berechnungen der Versicherungsanstalten) entsprechende Rentenkapital dem Verletzten voll zugesprochen werden, sondern es muss berücksichtigt werden,

[1]) Siehe auch Revue II No. 12 und VIII No. 60.

dass der Verletzte dadurch, dass ihm statt der Rente eine Kapitalentschädigung gewährt wird, in mannigfacher Beziehung günstiger gestellt wird, als er früher gestellt war, und dass er auch ohne den Unfall nicht während seiner ganzen muthmasslichen Lebensdauer voll arbeitsfähig geblieben wäre. (Entsch. vom 16. Januar 1891 i. S. Quiquerez c. Jura-Simplonbahn.)

---

39. *Art. 1 Ziff. 2 lit. a des Bundesges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887. Fällt auch die Erzeugung von Baumaterialien oder der Handel mit solchen (Holz) unter den Begriff des Baugewerbes im Sinne dieser Gesetzesbestimmung?*

Wenn das oben erwähnte B.-Gesetz in Art. 1 Ziffer 2 litt. a das „Baugewerbe" einschliesslich der damit im Zusammenhange stehenden Arbeiten und Verrichtungen der Haftpflicht unterstellt, so wird dadurch nur der Gewerbebetrieb der Inhaber von Baugewerben, nicht aber werden anderweitige Produzenten oder Handeltreibende betroffen, welche ein Baugewerbe nicht ausüben, sondern nur etwa Materialien erzeugen oder liefern, die im Baugewerbe verwendet werden. Dies ist nach Fassung, Sinn und Geist des Gesetzes völlig zweifellos (vergl. auch Art. 2 desselben). Die blosse Erzeugung von Baumaterialien und der Handel mit solchen bildet ja keinen Bestandtheil des Baugewerbes. Der Beklagte treibt nun, neben seinem Berufe als Landwirth, gelegentlich Handel mit auf dem Stamm gekauftem Bauholze; er untersteht also, gleichviel, ob er gewöhnlich fünf oder mehr Arbeiter beschäftigt oder nicht, dem erweiterten Haftpflichtgesetze nicht. (Entsch. v. 12. Dezbr. 1890 i. S. Jauch c. Zgraggen.)

---

40. *Art. 3 und 4 B.-Gesetz über die Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887. Zur Auslegung dieser Gesetzesbestimmungen.*

B., welcher bei der unter dem Fabrikgesetz stehenden Beklagten angestellt ist, erlitt eine Verletzung, als er mit Pferd und Wagen Lehm zur Reparatur eines Ofens in den Arbeiterwohnungen der Beklagten holte, und zwar in Folge Durchgehens des Pferdes. Er verlangte, gestützt auf Art. 3 und 4 des erwähnten B.-Gesetzes, von der Beklagten Entschädigung, wurde aber von allen Instanzen abgewiesen. Der Motivirung

des bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir folgende Stelle:

Si les art. 3 et 4 de la loi fédérale du 26 Avril 1887 sur l'extension de la responsabilité civile, complétant la loi du 25 Juin 1881, soumettent également aux dispositions de cette dernière les travaux ou services qui sont en corrélation même indirecte („mittelbarer Zusammenhang“ du texte allemand) avec l'exploitation de la fabrique, ainsi que les travaux accessoires ou auxiliaires qui, sans être compris sous la désignation „exploitation“ à l'article 2 de la loi du 1er Juillet 1875 et à l'art. 2 de celle du 25 Juin 1881, sont en rapport avec l'exploitation, il est indispensable, pour que cette extension de responsabilité puisse être admise, que la prédite corrélation soit établie à un titre quelconque, c'est-à-dire que les travaux au cours desquels l'accident s'est produit aient été exécutés en vue du but poursuivi par l'exploitation industrielle proprement dite, et qu'ils soient en rapport, au moins éloigné, mais incontestable, avec cette exploitation.

Il est compréhensible que la loi n'ait pas pu définir d'une manière précise, ou énumérer d'une façon complète tous les cas rentrant sous cette rubrique, et c'est dès lors au juge à rechercher et à décider dans chaque cas particulier, en tenant compte des circonstances, si les travaux dont il s'agit présentent la corrélation susmentionnée. (Entsch. v. 8. Novbr. 1890 i. S. Burkhalter c. Holzstofffabrik Rondchâtel.)

---

41. *Art. 43 B.-Ges. über Civilstand und Ehe; ist der Gerichtsstand des in der Schweiz wohnenden Ehemannes für Ehescheidungsklagen ein ausschliesslicher?*

Hat der Ehemann seinen Wohnsitz in der Schweiz, so ist der ausschliessliche Gerichtsstand für die Ehescheidungsklage am Wohnsitze und nicht am Heimathorte des Ehemannes. Der Umstand, dass der Ehefrau dieser Wohnort bei Einleitung der Klage nicht bekannt gewesen, kann die Zuständigkeit des heimathlichen Gerichtsstandes nicht begründen. (Entsch. v. 27. Dezbr. 1890 i. S. Eheleute Siegrist.)[1]

---

42. *Art. 43 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe; Gerichtsstand in Ehescheidungssachen. Ist gegen bezügliche kantonale*

[1]) Vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. I S. 150 Erw. 4, S. 175 Erw. 3; V S. 40.

Entscheide der staatsrechtliche Rekurs zulässig?[1]) *Hat diese Gerichtsstandsbestimmung nur interkantonale Bedeutung? Gilt sie auch für die Klage auf gänzliche Scheidung nach vorangegangener Temporalscheidung?*[2])

1. Da der Gerichtsstand in Ehescheidungssachen bundesgesetzlich normirt ist, so ist gegen sachbezügliche Entscheidungen der kantonalen Behörden der staatsrechtliche Rekurs an das Bundesgericht gemäss Art. 59 des O.-G. statthaft. Dass der Gerichtsstandsnorm des Art. 43 des Civilstandsgesetzes bloss interkantonale Bedeutung zukomme, ist nach dem Wortlaute des Gesetzes und der unzweifelhaften Absicht des Gesetzgebers unrichtig.

Die Gerichtsnorm des Art. 43 cit. gilt auch dann, wenn nach fruchtlos gebliebener Temporalscheidung die Klage auf gänzliche Scheidung, gemäss Art. 47 leg. cit. erneuert wird. Denn es liegt auch hier nicht ein Begehren um Wiederaufnahme des frühern Verfahrens, sondern eine neue Klage vor, welche am dermaligen Wohnorte des Ehemannes anzubringen ist.

Die Frage, mit welcher Handlung der Parteien oder des Gerichts der Prozess als angehoben gelte und somit der Gerichtsstand für den Prozess fixirt werde, beurtheilt sich nach dem Prozessrechte desjenigen Kantons, in welchem der Prozess geführt wird. (Entsch. v. 24. Oktbr. 1890 i. S. Eheleute Moder.)

---

43. *Art. 1 des Gerichtsstandsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Kann der in Frankreich wohnende Erbe eines in der Schweiz verstorbenen Franzosen für Nachlassschulden am schweizerischen Gerichtsstande des Erblassers belangt werden?*

H. M., Bürger und Einwohner des Kts. Genf, belangte die theils in der Schweiz, theils in Frankreich wohnenden Erben des in Genf verstorbenen Franzosen F. E. vor den Genfer Gerichten auf Bezahlung des Kaufpreises für dem Erblasser gelieferten Wein. Die Genfer Gerichte erklärten sich jedoch, soweit die Erben in Frankreich wohnende Franzosen waren, inkompetent, gestützt auf Art. 1 des Staatsver-

---

[1]) S. Revue II No. 1. A. S. d. b.-g. Entsch. V 39 f., VI 544; VII 272; VIII 737.

[2]) S. Revue II No. 7. Vgl. auch oben No. 40 und IV No. 20.

trages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1869. Das Bundesgericht wies den gegen diesen Entscheid von M. ergriffenen Rekurs ab; Gründe: Es handelt sich nicht um eine Erbstreitigkeit im Sinne des Art 5 des erwähnten Staatsvertrages, sondern um eine Klage eines Nachlassgläubigers aus einem persönlichen Anspruch an den Erblasser. Für persönliche Klagen schreibt nun aber Art. 1 des Staatsvertrages allgemein den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten vor; derselbe nimmt hievon die gegen die Erben einer angetretenen aber noch unvertheilten Erbschaft gerichteten persönlichen Klagen nicht aus[1]) und es steht dem Richter nicht zu, entgegen dem klaren Inhalt des Staatsvertrages für dieselben den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers zur Zeit seines Todes kompetent zu erklären. (Entsch. v. 5. Dezbr. 1890 i. S. Mestral.)

---

44. *Art. 20 des schweiz.-französ. Staatsvertrages vom 23. Februar 1882, betr. den Schutz der musikalischen Werke in Bezug auf Aufführung; ist derselbe durch die internationale Union vom 9. Septbr. 1886 aufgehoben?*[2])

Die Gesellschaft M. K. & Cie. war auf Klage des Komponisten Gounod vom kantonalen Gerichte zu Entschädigung verurtheilt worden, weil sie durch ein Orchester auf der Terrasse des Hôtel Beau Rivage in Genf öffentlich und für die Zuhörer unentgeltlich Fantasien aus der Oper „Faust" ohne Bewilligung Gounods hatte spielen lassen. Das Urtheil stützte sich auf Art. 3 des franz. Ges. von 1791, §§. 428 und 429 des code pénal franç. und Art 20 des schweiz.-franz. Staatsvertrages vom 23. Februar 1882. M. K. & Cie. beschwerten sich über das Urtheil beim Bundesgerichte, unter der Behauptung, Art. 20 des erwähnten Staatsvertrages sei durch die internationale Convention vom 9. Septbr. 1886 aufgehoben worden, weil mit derselben im Widerspruch

---

[1]) Wie z. B. § 28 der deutschen C. P. O.; Art. 59 des code de proc. civ. franç. und die Civilprocessordnungen der meisten Schweizerkantone.

[2]) Dieser Vertrag soll nun auf den 1. Februar 1892 gekündigt sein. S. auch v. Orelli in Zeitsch. f. Schweiz. Recht Bd. 31 S. 587 ff. Die Gerichte haben indess die dort S. 603 aufgestellte Ansicht, dass nur diejenigen Compositionen, welche nach dem 16. März 1882 zum ersten Male in Frankreich entweder veröffentlicht oder aufgeführt worden seien, in der Schweiz den vertraglichen Schutz geniessen, nicht adoptirt.

stehend, indem er den Franzosen in der Schweiz ausgedehntere Rechte einräume als den Schweizern selbst, während die Convention von 1886 die Gleichstellung der Ausländer mit den eigenen Angehörigen vorschreibe. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. Gründe: Aus Art. 2 des Zusatzartikels zu der Convention vom 9. September 1886 in Verbindung mit Art. 15 dieser Convention geht zur Evidenz hervor, dass die vertragsschliessenden Staaten den Fortbestand der bestehenden Verträge ausdrücklich vorbehalten haben, soweit dieselben den Autoren ausgedehntere Rechte, als die Union von 1886, gewähren. Nun räumt Art. 20 des Vertrages vom 23. Februar 1882 den französischen Autoren unzweifelhaft weitergehende Rechte ein als die internationale Union vom 9. September 1886, und es gehören gerade diese Rechte zu denjenigen, deren Fortbestand der Zusatzartikel zur internationalen Union hat sichern wollen.[1] (Entsch. v. 13. Dezbr. 1890 i. S. Maier Kunz & Cie.)

---

45. *Art. 59 B.-V. und Konkordat vom 15. Juli 1822 betr. vormundschaftliche Verhältnisse; kann ein im frühern Niederlassungkantone bevogteter Schweizerbürger, nachdem er in einem andern Kantone Wohnsitz genommen, noch am Wohnsitze seines Vormundes rechtlich betrieben werden?*

Frau Sch. von A., Ct. Zürich, wohnhaft in Basel, war von der baslerischen Vormundschaftsbehörde beim Ausbruche des Konkurses über ihren Ehemann bevormundet und diese Vormundschaft auf Anfrage der baslerischen von der heimathlichen Vormundschaftsbehörde der Sch. ausdrücklich anerkannt und der baslerischen überlassen worden. Später siedelte die Sch. mit ihrem Ehemann in den Kanton Bern über, die Vormundschaft in Basel blieb aber bestehen. Frau Sch. beschwerte sich nun beim B.-Gerichte über eine, nach ihrer Uebersiedelung in den Kanton Bern, in Basel als dem Wohnsitze ihres Vormundes gegen sie erhobene Arrestbetreibung, unter der Behauptung, dieselbe verstosse gegen Art. 59. B.-V. Die Beschwerde wurde vom Bundesgerichte abgewiesen. Gründe: Die baslerische Vormundschaft über die Sch. ist rechtlich als fortdauernd zu erachten, denn dieselbe wurde von der baslerischen Behörde im Einverständnisse mit der zürcherischen Heimathsbehörde verwaltet. Die Führung der

---

[1] Siehe auch Revue VIII N. 14.

Vormundschaft von der baslerischen Behörde beruhte nicht ausschliesslich darauf, dass die Sch. als dortige Niedergelassene der dortigen Territorialhoheit unterworfen war, sondern gleichzeitig auf einem Auftrage der Heimathbehörde. Sollte also auch die Vormundschaft des Wohnortskantones über einen kantonsfremden Niedergelassenen, welche lediglich kraft der Territorialhoheit des Niederlassungsstaates geführt wird, mit der (befugten) Auswanderung des Bevormundeten ohne Weiters dahinfallen, so trifft diess doch in casu nicht zu. Vielmehr ist die baslerische Vormundschaftsbehörde berechtigt, wenn auch nicht verpflichtet, die Vormundschaft bis zu weiterer Verfügung der Heimathsbehörde fortzuführen. Denn die vormundschaftlichen Rechte der Heimathsbehörde wurden durch den Wohnungswechsel der Sch. nicht berührt, sondern dauerten auch noch im Kanton Bern fort, da die Kantone Bern und Zürich dem Konkordate vom 15. Juli 1822 beigetreten sind, sich also gegenseitig in Vormundschaftssachen die Anwendung des Heimathsrechtes zugesagt haben. Uebrigens richtet sich auch nach der Gesetzgebung des Kantons Bern (Satz. 4 Abs. 2 C. Ges.-B.) die persönliche Handlungsfähigkeit nach dem Gesetze der Heimath und gilt daher die Sch., welche nach ihrem heimathlichen Gesetze nicht handlungsfähig ist, auch im Kanton Bern nicht als handlungsfähig. (Entsch. v. 13. Dezbr. 1890 i. S. Frau Schwarz-Oser.)

---

46. *Art. 59 Bundesverfassung; Anwendbarkeit desselben bei Solidarität mehrerer Schuldner.*

Aus der Solidarität mehrerer Schuldner folgt nicht, dass sie alle vor dem gleichen Richter belangt werden können; vielmehr bleibt auch für die Solidarschuldner die verfassungsmässige Gewährleistung des Gerichtsstandes des Wohnortes bestehen.[1]) (Entsch. v. 17. Januar 1891 i. S. Marti und Widmer.)

---

47. *Art. 59 B.-V. Enthält derselbe eine Gewährleistung des Gerichtsstandes der Widerklage?*

Diese Frage hat das B.-Gericht unter folgender Begründung verneint:

Die bundesrechtliche Praxis hat allerdings stets festgehalten, dass Art 59 Abs. 1 B.-V. der Geltendmachung kon-

---

[1]) S. Revue IV No. 14.

nexer Widerklagen im Gerichtsstande der Vorklage nicht entgegen stehe, dass also insoweit der Gerichtsstand der Widerklage mit Art. 59 Abs. 1 B.-V. nicht unvereinbar sei, sondern auch für den interkantonalen Verkehr durch die kantonalen Gesetze statuirt werden dürfe[1]). Dagegen besteht eine selbständige bundesrechtliche Gewährleistung des Gerichtsstandes der Widerklage nicht; Art. 59 Abs. 1 B.-V. enthält keine solche. Derselbe gewährleistet dem Schuldner lediglich das Recht, dass er mit persönlichen Klagen beim Richter seines Wohnortes belangt werden müsse, nicht aber, dass er in diesem Gerichtsstande seinerseits als Kläger gegen seine klagenden Gläubiger auftreten dürfe. Es steht vielmehr der kantonalen Gesetzgebung zu, zu bestimmen, ob Widerklagen überhaupt und ob sie bei bestimmten Prozessarten statthaft sind u. s. w. (Entsch. v. 1. Novbr. 1890 i. S. Tognola.)

---

48. *Art. 8 Abs. 2 des B.-Ges. betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872. Fingirte Cession einer Forderung zum Zwecke der Begründung der Kompetenz dieses bundesgesetzlichen Gerichtsstandes.*

Der Gerichtsstand des Art. 8 Abs. 1 B.-Ges. betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen greift dann nicht Platz, wenn der klagende Kantonseinwohner lediglich als Strohmann erscheint, welchem die Forderung nur zu dem Zwecke cedirt worden ist, damit er sie an Stelle des ausländischen Gläubigers in dem diesem nicht zugänglichen Gerichtsstand jener Gesetzesbestimmung einklage. Denn in diesem Falle handelt es sich um einen unzulässigen Versuch der Gesetzesumgehung zum Vortheile des ausländischen Gläubigers[2]). (Entsch. v. 25. Oktbr. 1890 i. S. Hoffmann c. Aarg. Luz. Seethalbahn.)

---

[1]) S. Revue III No. 20; V No. 22.
[2]) Vergl. Revue IV No. 43.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

49. *Schadenersatzpflicht von Informationsbureaux für unrichtige Auskunftertheilung. Art. 50, 55 und 62 O. R.*[1])

Zürich. Urtheil des Handelsgerichts v. 12. Sept. 1890 i. S. Weber c. Schweizerisches Informationsbureau.

A. G. Weber in Rorschach erhielt mehrfach von Häusern, denen er Geschäftsverbindung anbot, entweder keine oder abschlägige Antwort, letztere auf Grund ungünstiger Informationen. Er brachte endlich in Erfahrung, dass das Schweizerische Informationsbureau in Zürich über ihn die Auskunft ertheilt hatte, „seine Vermögensverhältnisse seien ganz und gar undurchsichtig und seine Existenz mehr ein Räthsel; viel Geschrei und wenig Wolle; er sei nicht hoch geachtet, gelte als Chicaneur, und man würde ihm nicht mehr als 500 Fr. creditieren, obschon er bisher immer zahlte." Dem von Weber gestellten Begehren, seine Gewährsmänner zu nennen, entsprach das Bureau nicht, liess sich aber nach Einsicht der von Weber ihm vorgelegten Nachweise über seinen Vermögensstand und seine Geschäftsführung zu einer Berichtigung seiner frühern Angaben an deren Empfänger herbei, des Inhalts, die Verhältnisse Webers seien durchaus beruhigende und geordnete, so dass man ihm einen Credit von einigen tausend Franken bewilligen könne; er besitze 30,000 Fr. Vermögen, zahle korrekt und betreibe sein Geschäft in loyaler und solider Weise. Weber wollte aber die Namen der Gewährsmänner wissen, um diese verklagen zu können, und als dieses Begehren unerfüllt blieb, verklagte er das Informationsbureau auf Zahlung von 600 Fr., gestützt auf Art. 50, 55 und 62 O. R. Das Bureau bot den Wahrheitsbeweis für seine erste Auskunft an: Weber sei 1870 wegen unredlicher Handlungsweise, die er sich als Vertreter des Hauses Ch. Sch. in Offenbach habe zu Schulden kommen lassen, dieser Vertretung enthoben worden; das unreelle Geschäftsgebahren des Klägers und seine Zudringlichkeit sei durch Zeugen erweislich, ebenso seine Knappheit an Betriebskapital, welche zur Folge habe, dass er sich das Geld durch Wechsel verschaffen müsse, seine Kunden nicht reell bediene, durch seine Reisenden schlechte Waaren anpreise, seine Angestellten oft wechsle und häufig betrieben sei. Zudem sei sie (Bekl.) eine juristische Person,

---

[1]) Vgl. auch Revue III Nr. 151 und VIII Nr. 102.

die nicht ein Delict begehen könne; ein Gewerbe betreibe sie auch nicht, denn sie gehe nicht auf Gewinn aus, sondern auf Verfolgung eines gemeinnützigen Zweckes; ihre Gewährsmänner seien nicht ihre Angestellten im Sinne des Art. 62 O.R. und hätten zudem weder dolos noch culpos gehandelt. Das Handelsgericht sprach dem Kläger 300 Fr. zu. Aus den sehr umständlichen Motiven heben wir das juristisch Entscheidende heraus.

1. Dass — die Unrichtigkeit der Mittheilungen der ersten Information vorausgesetzt — in deren Verbreitung eine widerrechtliche Handlung liegt, kann keinem Zweifel unterliegen. Sie enthalten einen doppelten Angriff auf die Person des Klägers, einerseits hinsichtlich seiner Zuverlässigkeit in ökonomischer Beziehung, andrerseits hinsichtlich der Rechtlichkeit seines Charakters.

2. Die Verantwortlichkeit für die Folgen dieser, Ehre und Credit des Klägers schädigenden Aeusserungen kann nicht durch die Berufung auf den gemeinnützigen Zweck des bekl. Instituts abgelehnt werden. Um einen Eingriff in die Rechtssphäre Dritter zu vermeiden, haben solche Bureaux mit aller Sorgfalt und Umsicht vorzugehen; lassen sie diese ausser Acht, so können sie sich dem Geschädigten gegenüber nicht auf den confidentiellen Character der Informationen berufen.

3. Die Haftung der Bekl. ist eine solche aus Art. 62 O.R., wonach juristische Personen für die gewerblichen Verrichtungen ihrer Angestellten verantwortlich sind. Das Gewerbe der Bekl. besteht eben in der Ertheilung von Informationen; stiftet ihr Personal in der Ausübung dieser seiner geschäftlichen Verrichtungen Schaden, so hat die Bekl. dafür einzustehen, es sei denn, dass sie den in Art. 62 vorgesehenen Entlastungsbeweis leiste. Das zu diesem Zwecke beigebrachte Material genügt aber zur Entlastung nicht, weil es jenes abschätzige Urtheil nicht rechtfertigt; das Verhalten des Klägers als Vertreters des Hauses Sch. in O. kann kaum dazu berechtigen, nach 20 Jahren noch den Vorwurf unredlichen Geschäftsgebahrens zu machen, und steht zudem mit den in der Auskunft gemachten Anschuldigungen in keinem Zusammenhang; Thatsachen, welche die Richtigkeit der in der Auskunft enthaltenen Angaben darthun würden, sind nicht namhaft gemacht.

4. Der Standpunkt der Bekl., dass sie für ein Verschulden ihres Gewährsmannes nicht einzustehen habe, da derselbe weder ihr Angestellter noch ihr Arbeiter sei, sondern nur hie und da consultiert werde, ist unrichtig. Die Zugehörig-

keit der auswärtigen Correspondenten eines Informationsbureau zu dessen Angestellten ist schon früher (i. S. Blumer c. Körner, handelsr. Entsch. VII. S. 209 f. Erw. 4) bejaht worden. Es liegt nichts dafür vor, dass Art. 62 O.R. einen auf längere oder kürzere Dauer abgeschlossenen Dienstvertrag voraussetze und ebenso ist die Art und Weise der Vergütung der Dienstleistungen für den Begriff „Angestellter" gleichgültig; wesentlich ist bloss, dass die Correspondenten eines Informationsbureau wichtige Funktionen des Geschäftsbetriebes ausüben und dass ihre Dienste für die betreffenden Gebiete regelmässig in Anspruch genommen werden.

5. Der in Art. 62 O.R. dem Geschäftsherrn vorbehaltene Entlastungsbeweis, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe, um einen Schaden zu verhüten, ist nicht geleistet, denn es sind keinerlei Anhaltspunkte dafür gegeben worden, dass die Bekl. in der Auswahl und bei der Instruktion ihrer Correspondenten sorgfältig genug verfahre. Ein Informationsbureau hat, wenn es anders häufigen Schadenersatzklagen ausweichen will, die Pflicht, seinen Correspondenten einzuschärfen, dass sie nicht blosse Gerüchte und Schwätzereien nacherzählen, sondern nach Thatsachen forschen, welche ein Urtheil ermöglichen über die persönlichen Eigenschaften und die Vermögenslage der Personen, deren Creditwürdigkeit in Frage steht, ferner, dass sie bei Abfassung der Berichte genau und gewissenhaft verfahren und in Fällen, wo sichere Auskunft nicht erhältlich ist, sich eines Urtheils eher enthalten. Diese Verhaltungsmassregeln sind dem Correspondenten in Rorschach offenbar nicht genügend eingeschärft worden.

(Das Urtheil ist in extenso abgedruckt in Schweizer Blätter für handelsrechtl. Entsch. IX. S. 337 ff.)

---

50. *Dommage causé par un animal. Responsabilité du propriétaire. Art. 65 C.O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 4 février 1890 d. l. c. Pieren c. Quadri.

Quadri, négociant à la Chaux-de-Fonds, avait dans ses écuries six chevaux confiés à la garde de cinq domestiques. Le 25 décembre 1888, ces chevaux furent conduits à l'abreuvoir deux par deux en l'absence de Quadri. Les deux derniers qui passèrent à l'abreuvoir étaient conduits par un domestique qui les tenait par la crinière. L'un d'eux, excité par des cris d'enfants, partit au galop et fut suivi par l'autre cheval. A ce moment, Pieren montait la rue. Le temps lui

manqua pour se retirer. L'un des chevaux rua deux fois, le frappa d'un coup à la tête et le renversa. Il fut ramené chez lui, où il mourut treize jours après. Sa femme a assigné Quadri devant le tribunal civil en paiement de fr. 10,000 pour préjudice à elle causé par la mort de son mari. Quadri a conclu à libération en exposant qu'il a toujours donné à ses domestiques les instructions les plus minutieuses pour les soins et la garde de ses chevaux. Le Tribunal cantonal l'a condamné à payer à la demanderesse la somme de 5000 fr.

Motifs: Considérant que Q., propriétaire du cheval au moment de l'accident, doit, à teneur de l'art. 65 C.O., être déclaré responsable du dommage qu'il a causé, car dans le sens de cet article 65, celui qui détient l'animal est le maître qui le fait servir à son usage et non pas le domestique aux soins duquel il est momentanément confié;

Que Quadri n'a pas justifié avoir gardé et surveillé son cheval avec le soin voulu (art. 65 C.O.), car les deux chevaux étaient conduits à l'abreuvoir par un seul domestique et tenus seulement par la crinière, et la prudence la plus élémentaire exigeait qu'ils fussent tenus de manière à ne pouvoir s'échapper, comme le prescrit le règlement de police pour la municipalité de la Chaux-de-Fonds, qui interdit de conduire des chevaux à l'abreuvoir sans les tenir par la bride ou par la longe, prescription que le domestique de Q. n'a pas observée;

Que Pieren était le soutien de sa femme, qui profitait des gains de son mari;

Q'uelle sera à l'avenir privée de cette ressource et obligée de subvenir seule à son entretien.

---

51. *Compensation. L'endosseur d'une traite, qui a remboursé le montant au porteur après la déclaration en faillite du tiré accepteur, ne peut pas compenser avec une créance du failli. Art. 136 C.O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 27 janvier 1890 d. l. c. Foëx et Cie. c. masse Collet.

Foëx et Cie. ont, le 4 février 1889, escompté et endossé à la Banque de Genève, valeur reçue comptant, deux traites acceptées par le tiré Collet. Celui-ci a été déclaré en faillite le 23 mars 1889. Il était créancier de F. et Cie. de la somme de 1679 fr. et le syndic de la masse leur en réclama le paiement. F. et Cie. excipaient de compensation, prétendant pouvoir opposer à cette créance celle qu'ils possèdent contre Collet par le fait que les deux traites n'ayant pas été payées à leur échéance, en avril 1889, ils ont dû rembourser le

montant à la Banque de G. à laquelle ils les avaient endossées. F. et Cie. soutiennent qu'ils étaient créanciers de Collet depuis le jour où ils ont escompté les traites acceptées par lui, et qu'étant garants vis-à-vis de la Banque de G. du paiement de ces traites, ils n'ont pas cessé d'être les créanciers de Collet, bien qu'ils ne fussent plus porteurs de ces traites au moment de la déclaration de faillite. Le syndic soutenait, par contre, que F. et Cie. n'étaient pas créanciers du failli au moment de la déclaration de faillite; qu'ils ne le sont devenus que plus tard, par suite du non-payement des traites à l'échéance et du recours exercé contre eux par la Banque de G.; que ce cas rentre dans celui prévu à l'art. 136 No. 1 C.O.: F. et Cie. n'étant devenus créanciers de la faillite qu'après son ouverture, ne sauraient exciper de compensation. Les deux instances ont écarté les moyens opposés par F. et Cie. à la demande de la faillite et adjugé à celle-ci ses conclusions. Voici les motifs de la Cour de Justice:

Au moment de l'ouverture de la faillite Collet, Foëx et Cie. n'étaient plus porteurs des traites acceptées par le failli; la propriété de celles-ci avait été cédée par voie d'endossement à un tiers, et les appelants en avaient reçu la valeur comptant. Bien qu'ils fussent restés garants, vis-à-vis de tout porteur, du paiement de ces lettres de change, les appelants avaient, par le fait de la cession, perdu toute créance contre Collet accepteur des dites lettres; ce n'est que par le fait du non-paiement à l'échéance et du recours qui en a été la conséquence, que Foëx et Cie. sont redevenus créanciers de Collet.

En l'absence de stipulation de la loi dans ce sens, et en présence du principe posé aux Art. 171 et 174 C.O., que la survenance de la condition n'a pas d'effet rétroactif, on ne peut admettre que l'obligation éventuelle de garantie à laquelle étaient soumis Foëx et Cie. au moment de la déclaration de faillite, puisse être considérée comme équivalant à une obligation déjà née à cette date. L'obligation de payer à la Banque de Genève le montant des deux traites et, par suite, le droit de recours contre l'accepteur ne sont nés que postérieurement au jour de l'ouverture de la faillite, soit seulement pour chaque traite le jour de son échéance, la déclaration de faillite ayant eu, il est vrai, pour effet de rendre les traites exigibles à l'égard du débiteur en faillite, mais non à l'égard de Foëx et Cie., garants du paiement de ces traites (Art. 500 C.O.).[1])

---

[1]) Hiezu vergleiche man das Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts v. 21. Juni 1878 (Seuffert, Archiv N. F. IV No. 233):

52. *Zinseszinse, wiefern ausgeschlossen durch Art. 335 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 20. December 1890.

Der Gläubiger einer grundversicherten Forderung meldete im Concurse seines Schuldners ausser dem Capital und den vertragsmässigen Zinsen auch noch Fr. 20. 33 an als „Verzugszins von dem am 1. Mai 1890 fällig gewordenen Capitalzins (für welchen die Betreibung angehoben war) vom Tage des Rechtsbotes bis zum Tage der Concurseröffnung.“ Dieser Posten wurde als unzulässige Zinseszinsforderung angefochten, gerichtlich aber gutgeheissen.

Gründe: Art. 335 O.R. erklärt lediglich die vorherige Uebereinkunft, dass Zinsen zum Capital geschlagen und mit diesem weiter verzinst werden, für ungültig. Dagegen anerkennt das eidg. Gesetz nicht nur stillschweigend die auch

---

„Der Anspruch des Indossanten, welcher den von ihm begebenen Wechsel im Regresswege wieder eingelöst hat, sowohl gegen die Vormänner wie gegen den Acceptanten, ist nicht als ein erst mit der Einlösung unter dem Gesichtspunkte eines neuen Geschäftes oder eines Erwerbes der Forderung des Nachmannes entstandener anzusehen, hat vielmehr seinen Rechtsgrund in demjenigen Wechselnexus, in welchen der Indossant selbst beim Umlauf des Wechsels als Berechtigter getreten war. Der hiedurch einmal für die Person des Indossanten begründete Anspruch ist durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht erloschen, vielmehr an die Wiedereinlösung desselben nur als an eine Voraussetzung seiner Geltendmachung geknüpft zu erachten.“

Ebenso Obertribunal zu Berlin 11. Januar 1878 (Seuffert, n. F. V Nr. 174).

Der deutsche Entscheid, obschon in elendem Deutsch verfasst, erscheint richtiger als der Genfer, weil er der Stellung des regresspflichtigen Indossanten, der ja den Wechsel auch gegen seinen Willen einlösen muss, gerecht wird. Art. 136 O.R. schliesst die Compensation aus, wenn der Schuldner des Falliten nach der Concurseröffnung eine Forderung an ihn erwirbt. Der Indossant, der den Wechsel einlöst, erwirbt ihn ohne sein Zuthun durch die Erfüllung seiner Regresspflicht. Die Verweisung auf Art. 500 O.R., der von der Bürgschaft handelt, passt für die Erörterung der Stellung des Wechselindossanten nicht. — Praktisch sehr zutreffend äussert sich über die hier ventilierte Frage das in dieser Zeitschrift N. F. VIII S. 71 abgedruckte Gutachten des Basler Handlungskomité vom 21. Mai 1800, indem es die Statthaftigkeit der Compensation davon abhängig macht, dass der Wechsel von dem Schuldner des Falliten nicht eben gerade zu dem Zweck der Compensation, also in fraudem creditorum, erworben worden sei.

im früheren zürcherischen Recht ausgesprochene Zulässigkeit einer erst nach Verfall des Zinses erfolgenden Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, wonach der Zins nicht bezahlt, sondern selbst wieder verzinslich stehen bleiben soll (Ullmer Comm. zu § 1115 Nr. 1804), es erklärt vielmehr in Art. 120 ausdrücklich, dass ein Schuldner, welcher mit der Zahlung von Zinsen irgend welcher Art im Verzuge sei, vom Tage der Anhebung der Betreibung an Verzugszinsen zu leisten habe. Diese Bestimmung ist gemäss § 1089 des neuen privatrechtlichen Gesetzbuches auch auf grundversicherte Forderungen anzuwenden, womit übrigens schon die frühere Gerichtspraxis im Einklange steht. Demgemäss ist die bestrittene Forderung gutzuheissen, da sie nur Verzugszinsen verlangt von dem Zeitpunkte an, in welchem der Schuldner des verfallenen Zinses durch Rechtstrieb in Verzug gesetzt war.

---

53. *Differenzgeschäft, wiefern als Spiel zu betrachten. Art. 512 O. R.*

Baselstadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichts vom 31. Oktober und 27. December 1890 i. S. Clason & Cie. c. Häring.

O. Häring, Advokat in L., schloss durch Vermittlung eines Basler Hauses mit Arthur Clason & Cie. in Manchester ein Speculationsgeschäft in Baumwolle ab, welches er letzteren mit Schreiben v. 13. April 1889 folgendermassen bestätigte:

Ich bestätige hiemit, dass ich von Ihnen 500 B. August Lieferung zu
300 B. 10,46
200 B. 10,47 c) gemäss allen im New-York
Termin Markt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen gekauft habe
300 B. 5 $\frac{53\,{}^1/_2}{64}$
und ich an Sie 500 B. Juli/August Lieferung zu d) gemäss
200 B. 5 $\frac{54}{64}$
allen im Liverpool Termin Markt geltenden Bestimmungen und Gebräuchen verkauft habe. Sie berechnen auf die ganze Transaktion $1^1/_4$% . . . . . Sollten die Märkte in New-York und Liverpool so funktionieren, dass die Transaktion einen Verlust zeigt, so verpflichte ich mich nach Ihrer Aufforderung die Vorschüsse für Werthunterschied sofort zu erlegen . . . . .

Clason & Cie. schildern die Art und Weise, wie das Geschäft nach den Usancen des New-Yorker Marktes abzuwickeln war, so: vom 26. Juli an bis Ende August konnte die sog.

„Declaration" erfolgen, d. h. die effective Lieferung der Waare angesagt werden. Declarierte der Käufer, so hatte der Verkäufer zu liefern oder einen hohen Schadenersatz zu zahlen; declarierte dagegen der Verkäufer, so hatte der Käufer die Waare zu beziehen oder seinen mit der Declaration der effectiven Lieferung versehenen Contract baldmöglichst zu verkaufen (auszuschliessen). Falls eine solche Realisierung nicht sofort erfolge, so verliere der Contract an Werth.

Nachdem Cl. & C. schon am 6. Juli dem H. gemeldet, die Arbitrage gestalte sich ungünstig, machten sie ihn am 19. Juli auf den baldigen Beginn des Zeitpunktes der Declaration aufmerksam und ersuchten um Nachricht, falls er die Realisierung der Contracte in New-York vor erfolgter Declaration wünsche; andernfalls nähmen sie an, dass er bis zur Declaration warten wolle. H. liess ihnen sagen, sie sollten nur mit dem Basler Hause verkehren, durch das er mit ihnen in Verbindung getreten, und dieses theilte ihnen auf Anfrage mit, sie sollten nach bestem Interesse liquidieren. Da die Marktlage sich fortwährend verschlechterte, erbaten sie sich am 9. und 12. August neue Instructionen, ohne eine andere Antwort zu erhalten. Nun verkauften sie in New-York und kauften sie in Liverpool je 500 Ballen nach den Tagespreisen der dortigen Börsen, und es ergab sich daraus ein Saldo zu Lasten des H. von £ 462.15.6, den Cl. & C. einklagten. Beklagter H. erhob die Einrede des Spiels. Es sei ersichtlichermassen nie die Absicht der Parteien gewesen, effectiv zu kaufen und zu verkaufen, sondern bloss durch Zahlung der Differenz das Geschäft zu liquidieren. Kläger machten dagegen geltend, die effective Lieferung sei nicht ausgeschlossen, vielmehr jeder Contrahent dazu berechtigt gewesen.

Das Civilgericht erklärte den Klaganspruch für begründet.

M o t i v e: Wie schon mehrfach durch das Bundesgericht festgesetzt worden ist (s. u. a. Urtheil i. S. Titzek & Cie. c. Post & Lappe vom 1. Mai 1886 A. S. XII 376 ff.; Urtheil i. S. Ruegger & Knörr c. Creditanstalt Luzern vom 24. Juli 1886 A. S. XII 456 ff.), erklärt Art. 512 O.R. nicht alle Zeitgeschäfte in Waaren oder Börsenpapieren klaglos, sondern nur diejenigen, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette an sich tragen. Letzteres aber trifft nur dann zu, wenn nach übereinstimmender, ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder ver-

kauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so dass blos die Coursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet. Geschäfte, bei welchen den Parteien die Wahl zwischen wirklicher Erfüllung und der Regulierung durch Bezahlung oder Empfang der Differenz zusteht, erscheinen nicht als blosse Spiel- oder Wettgeschäfte (reine Differenzgeschäfte).

Zur Entscheidung der Frage, ob ein solches reines Differenzgeschäft nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien gewollt war, ist in erster Linie zu untersuchen, welches die Usancen und Bestimmungen der New-Yorker und Liverpooler Börsen sind, welche nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Contrakt für die Abwicklung des Geschäftes massgebend sein sollten. Nach dem vom Sachverständigen erstatteten Gutachten muss nun als festgestellt angenommen werden, dass nach diesen Usancen jeder Zeit sowohl der Verkäufer effective Lieferung der Waare anbieten und vom Käufer Abnahme und Zahlung, wie auch der Käufer seinerseits effective Lieferung verlangen konnte. Nach obigen Grundsätzen liegt somit kein reines unklagbares Differenzgeschäft vor, sondern ein klagbares Termingeschäft.

Die vom Beklagten hiegegen angeführten Indizien, aus denen geschlossen werden soll, dass die effective Lieferung ausgeschlossen sein sollte, reichen zu dem ihm obliegenden Beweis, dass die Einrede des Spiels begründet sei, nicht aus. Es mag zugegeben werden, dass Beklagter für den Fall, dass ihm, bezw. den für ihn handelnden Klägern, effective Lieferung angeboten werden sollte, nicht beabsichtigte, die Waare zu beziehen und den Kaufpreis zu bezahlen, sondern, dass er trachten würde, durch Abschluss eines zweiten Geschäftes in entgegengesetzter Richtung und durch Compensation der Resultate beider Geschäfte die Operation gemäss den Usancen der betreffenden Börsen abzuwickeln, d. h. durch Vermittlung einer Centralstelle den erzielten Speculationsgewinn zu beziehen, oder den erlittenen Verlust zu bezahlen. Diese Absicht der einen Partei, auch wenn sie der Gegenpartei sollte bekannt gewesen sein, genügt keineswegs, das Geschäft zu einem klaglosen Spielgeschäft zu stempeln; denn durch diese Absicht war das vertragsmässige Recht der Parteien, effective Lieferung, bezw. Abnahme zu verlangen, nicht beeinträchtigt oder ausgeschlossen.

Da die in der Correspondenz gebrauchten Ausdrücke „Differenzen, Deckung von Differenzen u. s. w.“ sämmtlich auch bei einem klagbaren Spekulationsgeschäft zutreffen,

kann auch daraus nicht der vom Beklagten behauptete Schluss gezogen werden, ebensowenig wie aus seinem Beruf, mit dem ein klagbares Spekulationsgeschäft in Baumwolle ebensowenig in Zusammenhang steht, wie ein unklagbares, reines Differenzgeschäft.

Er ist daher mit seiner aus Art. 512 O.R. geschöpften Einrede des Spiels abzuweisen.

Das Appellationsgericht dagegen wies die Kläger wegen der Spielnatur des Geschäftes ab.

Motive: Wenn Kläger Appellaten der vom Beklagten Appellanten erhobenen Einrede des Spiels auf Grund von Art. 512 O.R. gegenüber die Behauptung aufstellen, diese Einrede sei durch das zwischen den Parteien bestehende Mandatsverhältniss von vornherein ausgeschlossen, weil in dem citierten Art. 512 das Mandat zum Spiel nicht erwähnt werde, so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Abgesehen davon, dass in denjenigen Fällen, in welchen der Gesetzgeber gewisse Geschäfte aus Gründen öffentlich-rechtlicher Natur und in zwingender Weise klaglos erklärt, diese Klaglosigkeit auch auf den zur Vornahme eines solchen Geschäftes ertheilten Auftrag erstreckt werden muss, so enthält überdiess der von den Klägern eingelegte Vertrag vom 13. April 1889 am Schlusse folgende Bestimmung:

„Da sie das Risiko des Käufers $\frac{\text{und}}{\text{oder}}$ Verkäufers in „New-York und Liverpool übernehmen, und kein anderer „Name auf dem Contract erscheint, so stehen Sie als Selbst„contrahent ein.“ Danach standen die Kläger dem Beklagten gegenüber von Anfang an als Selbstkäufer bezw. -Verkäufer im Sinne von Art. 446 O.R. da, und es kann somit keinem Zweifel unterliegen, dass ihnen gegenüber die Einrede des Spiels statthaft ist und auf ihre materielle Richtigkeit geprüft werden muss.

Ebenso unbegründet erscheint die weitere Behauptung der Kläger: Die Einrede des Spiels sei auch desshalb unzulässig, weil die Parteien ihren Vertrag ausdrücklich gemäss den auf den Liverpooler und New-Yorker Terminmärkten geltenden Bestimmungen und Gebräuchen abgeschlossen haben, und weil nach diesen Usancen derartige Geschäfte vollkommen rechtsgiltig seien.

Das erstinstanzliche Urtheil hebt in dieser Beziehung mit Recht hervor, dass der Art. 512 O.R. Bestimmungen

enthalte, welche im öffentlichen Interesse aufgestellt seien und deren Anwendung daher die Parteien weder direct noch durch Berufung auf fremde Handelsgebräuche wegbedingen können.

Es muss sonach im vorliegenden Falle auf die Einrede des Spiels eingetreten werden und es ist zu untersuchen, ob die zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäfte den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben. Nach constanter bundesgerichtlicher Praxis tragen nun Zeitgeschäfte in Waaren oder Börsenpapieren nur dann den Charakter eines Spiels oder einer Wette an sich, wenn nach übereinstimmender ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willensmeinung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften und verkauften Waaren oder Papiere ausgeschlossen sein und nur die Coursdifferenz den Gegenstand des Vertrags bilden soll. Im vorliegenden Falle haben nun zwar die Parteien nicht direct und ausdrücklich eine effective Lieferung und Abnahme wegbedungen, allein nach der ganzen, zwischen ihnen gepflogenen Correspondenz kann es keinem Zweifel unterliegen, dass sie sich gegenseitig nur zur Zahlung von Differenzen verpflichten, mithin ein reines Differenzgeschäft abschliessen wollten.

(Es wird nun an Hand der zwischen den Parteien gepflogenen Correspondenz ausführlich dargelegt, dass die Intention der Parteien immer nur auf Liquidation der Differenz gegangen ist und effective Lieferung und Abnahme von Anfang an ausgeschlossen war. Dann fährt das Urtheil fort:)

Wenn nun das erstinstanzliche Urtheil dieser aus der ganzen Correspondenz hervorgehenden Sachlage gegenüber sich auf das Gutachten des Sachverständigen beruft, welcher feststelle, dass nach den Liverpooler und New-Yorker Usancen es den Parteien freistehe, jederzeit effective Lieferung bezw. Abnahme zu verlangen, und daraus den Schluss zieht, dass die Parteien in unserem Fall ein reelles Lieferungsgeschäft und nicht ein blosses auf Kursunterschiede gerichtetes Differenzgeschäft abgeschlossen hätten, so erscheint diese Auffassung nicht als stichhaltig. Es mag zugegeben werden, dass es bei derartigen Geschäften den Parteien in der Regel freisteht, effective Lieferung und Abnahme zu verlangen, oder auch nicht, je nach ihrer Intention. Allein die Frage, auf welche hier alles ankommt, ist die, was im vorliegenden Falle die diessbezügliche Absicht der Parteien bei Abschluss des Geschäftes gewesen sei, und auf diese Frage hat der Experte keine Antwort gegeben und hat auch keine geben

können, weil ihm die Frage nicht gestellt worden ist. Will man aber aus dem Gutachten des Sachverständigen einen Schluss auf die Intention der Parteien ziehen, so muss er eher in dem entgegengesetzten Sinne gezogen werden, als dies das erstinstanzliche Urtheil thut. Denn wenn der Experte erklärt, dass bei der Abwicklung eines solchen Contrakts in New-York in den wenigsten Fällen effectiv geliefert werde; dass dies höchstens durch Firmen geschehe, die am Platze selbst etabliert seien, dass aber gewöhnlich der Contract wieder vermittelst Gegencontracts verkauft werde, — so darf aus dieser Erklärung geschlossen werden, dass bei den Umständen des vorliegenden Falles die Absicht effectiver Lieferung bezw. Abnahme unter den heutigen Parteien von vornherein ausgeschlossen war. Wenn ferner der Sachverständige erklärt, dass ein Committent, der seinem Commissionär den Auftrag zur effectiven Lieferung gegen einen solchen Contract gegeben habe, demselben auch rechtzeitig Baardeckung geben und ihm ausser der gewöhnlichen Provision für Ein- und Verkauf der Contracte noch eine Extraprovision für die factische Empfangnahme bewilligen müsse, — so darf in unserem Falle, wo weder im ursprünglichen Vertrage, noch in der spätern Correspondenz eine Baardeckung und Extraprovision versprochen worden, auch hieraus mit Recht gefolgert werden, dass effective Lieferung nach dem Willen der Parteien überhaupt ausgeschlossen sein sollte.

---

54. *Marché à terme. Exception de jeu. Art. 512 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 26 novembre 1890 d. l. c. Bollack Sarassin et Cie. c. Klaus.

En avril 1889, J. Klaus a donné par écrit à B. S. et Cie. l'ordre de vendre pour son compte 400 sacs sucre livrables à Paris en juillet et août, et d'acheter, aussi pour son compte, 400 sacs farine livrables aux mêmes époques. Ces ordres furent exécutés immédiatement par B. S. et Cie., qui en informèrent K. et lui envoyèrent les marchés des deux affaires, en le priant de les signer. En même temps, ils faisaient part de leurs craintes à K. sur le résultat probable de la vente des sucres. K. répondit qu'il était très étonné des craintes exprimées par B. S. et Cie. et, sous prétexte que leur représentant lui aurait conseillé l'opération, refusa de signer les marchés. B. S. et Cie. exécutèrent eux-mêmes les marchés. L'opération se résuma en une perte de 4566 fr. 50, dont ils réclamèrent le paiement à K. Celui-ci conclut à libération

en faisant valoir qu'il s'agissait d'opérations de jeu. Le tribunal a rejeté cette exception et donné gain de cause à B. S. et Cie.

Motifs: Il convient de remarquer, d'une part que le défendeur paraît confondre le jeu avec la spéculation à terme, deux choses pourtant bien distinctes l'une de l'autre, et d'autre part qu'il ne suffit pas — comme K. paraît le croire — pour qu'il y ait jeu, que l'intention de jouer de l'une des parties soit connue de l'autre. Cfr. Trib. féd. 16 déc. 1887, amtl. Samml. XIII p. 505 n° 5.[1])

Or, les constatations de la procédure permettent d'affirmer que non seulement l'intention de jouer doit être écartée de la part de B. S. et Cie., mais qu'il n'est pas même certain que K. lui-même ait eu, le 10 avril, l'intention arrêtée d'exclure, à l'arrivée du terme, toute livraison ou prise de livraison de la marchandise.

B. S. et Cie. ont, le jour même, soit le 10 avril, fidèlement exécuté les ordres de K. en achetant de la maison Block les 400 sacs de farine et en vendant à la maison Bouvelet les 400 sacs de sucre. Il est ainsi établi que si l'exception de jeu leur est opposable en principe par le motif qu'ils n'ont pas indiqué à K., avant la litiscontestation, les noms de leur acheteur et de leur vendeur, cette exception doit nécessairement être écartée dès l'instant où il est prouvé que les demandeurs ne se sont pas constitués les partenaires du défendeur dans une opération aléatoire, mais qu'ils se sont strictement renfermés dans leur rôle de mandataires.

Mais en dehors de cette considération, la correspondance de B. S. et Cie. démontre qu'ils n'ont cessé de demander à K. ses instructions au sujet des deux opérations engagées pour son compte et qu'ainsi ils lui ont, jusqu'au dernier moment, offert le choix et la possibilité d'exécuter les marchés dans leur entier en prenant livraison de la farine et en livrant le sucre. Cette circonstance aussi est exclusive du jeu au sens de l'art. 512 C. O. (Trib. féd. 24, VII 86; XII 462).

Si donc la somme de 4566 fr. 50 réclamée représente la différence de prix entre la vente et l'achat des sucres d'une part, l'achat et la vente des farines d'autre part, ce fait s'ex-

---

[1]) „Il y a jeu seulement lorsque les deux parties ont manifesté d'une manière indubitable leur intention concordante, non pas d'acheter ou de vendre, mais bien d'exclure la livraison de la marchandise et de résoudre le contrat par le paiement des différences résultant des variations entre le prix d'achat et le cours à l'expiration du terme."

plique non pas par l'accord des parties au moment du contrat de faire entre elles une opération purement différentielle, mais par le refus persistant et injustifié du défendeur de donner suite aux opérations engagées pour son compte et par la nécessité dans laquelle se sont trouvés les demandeurs de devoir liquider eux-mêmes ces marchés pour lesquels ils avaient pris des engagements personnels — deux circonstances dont K. peut seul être déclaré responsable.

En ce qui concerne plus spécialement le défendeur, les circonstances de la cause ne permettent pas même d'admettre qu'il ait eu l'intention arrêtée — comme il le prétend — de se livrer à un simple jeu. Rien en particulier n'indique que les opérations du 10 avril aient été engagées par lui dans d'autres conditions que celles qu'il a faites à réitérées fois par l'intermédiaire des demandeurs depuis le mois d'avril 1886. Or, il est facile de reconnaître par l'examen de ces diverses opérations que non seulement B. S. et Cie. ont toujours mis K. en situation d'exécuter effectivement les marchés, mais, qu'en fait, ce dernier a pris livraison de la marchandise pour en disposer ensuite à son gré.

---

55. *Cession eines protestierten Wechsels überträgt kein wechselmässiges Forderungsrecht, sondern hat die Wirkungen einer einfachen Cession. Art. 734 Abs. 3, 183 ff. O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 27. August 1890 i. S. Schatz c. Dick.

Am 22. Mai 1889 stellte Ulrich Vollenweider von Kaltenbrunn einen Eigenwechsel per Fr. 400 an die Ordre des N. Dick aus. Der Wechsel war drei Monate a dato zahlbar und wurde von Dick an J. Hausammann in Erlen und durch diesen weiter begeben. Am Verfalltag wurde der Wechsel nicht eingelöst; nachdem derselbe am 24. August 1889 mangels Zahlung protestiert worden, gelangte er an den Indossanten Hausammann zurück; dieser hob unterem 2. September 1889 gegen Dick den Rechtstrieb an und trat am 11. September 1889 den Wechsel unter Garantie an B. Schatz ab; im November sodann veräusserte Hausammann seine Rechtstriebsforderung gegen Dick, für welche er inzwischen Schatzungsrechte erlangt hatte, an Friedensrichter Anderes in Engishofen; am 3. Februar 1890 zahlte Dick die Wechselschuld, ohne den Wechsel selbst herauszuverlangen, an das Friedensrichteramt Bussnang, welch' letzteres den Betrag dem Cessionar Anderes übersandte. Anfangs Februar 1890

gerieth Hausammann in Konkurs; Schatz, der sich bisher ganz passiv verhalten hatte, gab die Wechselforderung zunächst im Konkurse des Hausammann ein, belangte dann aber im Regresswege den Dick auf Zahlung des Wechsels, indem er sich auf den gutgläubigen Erwerb und Besitz des Wechsels stützte. Dick verweigerte die Zahlung, da er an den Wechselinhaber bezahlt und Schatz ihm seinen Wechselbesitz nie angezeigt habe.

Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen, indem sie die wechselrechtlichen Regressansprüche des Schatz auf Grund von Art. 806 und 804 O. R. als verjährt erklärte. Das Obergericht hat diese Abweisung bestätigt, aber unter folgender Motivierung:

Es steht fest, dass Schatz den Wechsel von J. Hausammann durch Abtretung zu einer Zeit erworben hat, als der Wechsel bereits mangels Zahlung protestiert war. Wenn aber ein mangels Zahlung protestierter Wechsel durch Indossament oder Cession überhaupt weiter begeben wird, so erwirbt nach Art. 734 Abs. 3 O. R. der Indossatar oder Cessionar nur die Rechte seines Indossanten oder Cedenten, keineswegs aber wechselmässige Forderungsrechte; denn ein bereits protestierter Wechsel hat die Fähigkeit zur ferneren Circulation verloren; wird er dennoch weiter begeben, so ist diese Begebung kein eigentliches Indossament mehr und kann daher keine wechselrechtlichen Wirkungen mehr erzeugen, sondern hat nur noch die Wirkung einer einfachen Cession. Es hat also im vorliegenden Falle Schatz aus der Abtretung des Wechsels nur die Rechte eines gewöhnlichen Cessionars nach Massgabe von Art. 183 ff. O. R. erworben. Es ist unbestritten, dass Hausammann, nachdem er die fragliche Forderung am 11. September 1889 dem Schatz abgetreten, dieselbe nachher zum zweiten Male, nämlich an Friedensrichter Anderes, cediert hat. Es ginge nun nach Art. 186 O. R. die Abtretung an Schatz, für welche die ältere schriftliche Beurkundung vorliegt, der erst später erfolgten zwar vor; allein weil, wie ebenfalls feststeht, weder der Cedent Hausammann, noch Schatz als Cessionar dem Schuldner die Abtretung angezeigt hat, so wurde Dick, welcher unbestrittener Massen in gutem Glauben an den im Rechte nachgehenden Cessionar Anderes Zahlung geleistet hat, gemäss Art. 187 O. R. gültig befreit. Er kann also aus dem Wechsel weder wechselrechtlich noch civilrechtlich belangt werden.

---

56. *Association. Personnalité juridique acquise par l'inscription au registre du commerce. Art. 716 C.O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 29 mai 1890 d.l.c. Société militaire de Château-d'Oex c. Rosat.

En 1796 a été fondée à Château-d'Oex une société portant le nom de Société militaire de Ch. Le règlement qui la régissait prévoit qu'elle pourrait devenir propriétaire de fonds et pourrait faire des actes juridiques. Diverses revisions des statuts, en 1825, 1846 et 1877, ont été approuvées par le Conseil d'Etat. Par exploit du 28 août 1889, le procureur-juré H., agissant au nom de la dite société, a déposé demande en reconnaissance de dette contre E. Rosat. Celui-ci a contesté à la Société militaire le droit d'ester en justice par le motif qu'elle n'est pas inscrite au registre du commerce. Le Tribunal civil du district du Pays-d'Enhaut a admis les conclusions prises par Rosat, fondé sur le motif que la Société militaire de Ch. n'est pas une corporation de droit public et n'est ainsi pas reconnue par le droit cantonal, qu'elle n'est pas inscrite au registre du commerce et qu'elle ne jouit, par conséquent, pas de la personnalité civile. La Société militaire a recouru contre ce jugement, en se fondant sur les motifs suivants: La Société doit être considérée comme une corporation soit association de droit public du genre de celles prévues à l'art. 719 C.O. Dès lors, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite au registre du commerce pour jouir de la personnalité juridique. Successivement à plusieurs reprises, les règlements de la Société ont été approuvés par le Conseil d'Etat. Cette approbation suffisait sous l'ancien droit cantonal pour conférer à la Société le droit d'ester en justice et de posséder, sans toutefois lui donner la qualité de personne morale nécessaire pour pouvoir hériter. La Société était donc, au moment de l'entrée en vigueur du Code des obligations, une corporation de droit public qui, aux termes de l'art. 719, était dispensée de l'inscription au registre du commerce. — Le Tribunal cantonal a écarté le recours et maintenu le jugement de première instance.

Motifs: Considérant qu'aux termes de l'art. 716 C.O., c'est l'inscription au registre du commerce qui peut seule donner aux sociétés y prévues la personnalité juridique nécessaire pour pouvoir ester en justice.

Attendu que le but de la Société recourante est un but de récréation, que, dès lors, elle rentre dans la catégorie des sociétés prévues par l'art. 716 C.O.

Considérant que les approbations données à diverses re-

prises par le Conseil d'Etat aux statuts et règlements de la Société ne pouvaient avoir pour effet de lui conférer la personnalité juridique;

Qu'en effet la personnalité juridique ne pouvait être conférée à une société non commerciale ou corporation que par un décret de l'autorité législative.

Que, par conséquent, la Société ne peut être considérée ni comme une corporation de droit public, ni comme une fondation, ni comme une personne morale reconnue par le droit cantonal (C.O. 717);

Que, dès lors, l'art. 719 ne saurait trouver son application en l'espèce.

---

57. *Chèque égaré. Nécessité d'annulation ou prescription? Art. 834 ss. 791 ss C.O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 3 février 1890 d. l. c. Malet c. Treyvaud.

Treyvaud a fait pour le compte de Malet des travaux dont le coût s'élève à 1000 fr. Malet a remis à T. un chèque de 500 fr. sur ses banquiers E. P. et Cie., chèque que T. affirme avoir perdu. Il réclame à Malet la somme entière de 1000 fr.; Malet offre la somme de 500 fr. et soutient que T. doit poursuivre l'annulation du chèque. Le Tribunal civil a condamné M. à payer à T. la somme de 1000 fr., par le motif que le Code des obligations a établi, en ce qui concerne le chèque, une prescription de cinq jours si le chèque est tiré sur place; que le chèque dont s'agit dans l'espèce étant prescrit, on ne pouvait plus contraindre les tirés à en déposer le montant, et que, par conséquent, l'art. 857 invoqué par M. est inapplicable à l'espèce. La Cour de Justice a réformé ce jugement et prononcé que la demande de T. est non recevable en l'état pour le surplus sur les 500 fr. offerts par M.

Motifs: L'art. 834 al. 2 C.O. statue que le délai pour la présentation du chèque est de 5 jours si le chèque est tiré sur la place même, et l'art 835 ajoute que le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans ce délai, perd son recours contre les endosseurs, et qu'il le perd aussi contre le tireur dans la mesure où, faute de présentation, celui-ci a subi un préjudice du fait du tiré. Ces déchéances encourues par le porteur ne constituent nullement la prescription du titre; en effet, si l'art. 834 établissait une prescription de tout chèque qui n'est pas présenté dans le délai de 5 jours, l'art. 835 n'aurait plus aucun sens.

En réalité, le chèque n'est pas prescrit faute de présentation dans le délai de 5 jours, mais le porteur perd seulement son recours contre les endosseurs et, dans certains cas, contre le tireur dans la mesure, dit la loi, où faute de présentation, celui-ci a subi un préjudice du fait du tiré; ainsi, dans le cas où le tiré sera devenu insolvable après l'expiration du délai de 5 jours et avant la présentation du chèque.

Le délai de prescription du chèque est de trois ans; cela résulte de la combinaison des art. 836 et 829 C.O.

Il suit de là que le chèque créé par Malet et remis par lui à Treyvaud le 28 mars 1888 n'est pas prescrit, et comme il n'est pas articulé par les parties que Malet ait subi un préjudice quelconque du fait des tirés, M. M. E. P. et Cie., faute de présentation du chèque dans le délai prescrit, le porteur, aujourd'hui inconnu de ce chèque, peut n'avoir pas perdu son recours contre le tireur Malet.

Malet est donc fondé à refuser de payer à Treyvaud le montant de ce chèque, aussi longtemps qu'il n'est pas prescrit, ou que Treyvaud n'en a pas fait prononcer l'annulation conformément, non pas à l'art. 857 C.O., comme il l'articule par erreur, mais aux art. 791 et suiv. sur la perte de la lettre de change, lesquels sont applicables aux chèques en vertu de l'art. 836 déjà cité.

---

58. *Scheidungsklage Heimatloser, vor schweizerischen Gerichten unzulässig. B.-Ges. betr. den Civilstand und die Ehe vom 24. Christmonat 1874, Art. 56.*

Zürich. Beschluss der Appellationskammer des Obergerichtes, vom 13. Dezember 1890, i. S. Schneider-Fenner.

Susanna Albertine Fenner von Küsnacht, Ct. Zürich, verehelichte sich am 12. Februar 1889 vor dem dortigen Civilstandsamt mit G. H. Schneider, Metalldreher, angeblich heimathberechtigt in Volkhardinghausen, Fürstenthum Waldeck-Pyrmont. Die Vorschriften über die Verehelichung von Ausländern in der Schweiz, namentlich Art. 31 Abs. 4 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe, wurden dabei gänzlich missachtet, und es stellte sich dann heraus, dass der Ehemann G. H. Schneider, der sich bald nachher unbekannt wohin entfernte, das Bürgerrecht in seiner ursprünglichen Heimat schon vor dem Eheabschluss verloren hatte, indem ihm am 29. Juni 1888 auf sein Begehren behufs Auswanderung nach der Schweiz die Entlassung aus dem Staatsverband von Waldeck-Pyrmont

und dem deutschen Reiche ertheilt worden war. Nichtsdestoweniger machte die Ehefrau Schneider beim Gericht des letzten Wohnortes ihres Ehemannes in der Schweiz die Scheidungsklage anhängig, indem sie ausführte, es sei ihr zwar unmöglich, die hiefür in Art. 56 zit. B.-Ges. vorgeschriebene Erklärung der heimatlichen Staatsbehörde beizubringen, indess bestehe auch keine Gefahr, dass der ursprüngliche Heimatsstaat der hierorts auszusprechenden Scheidung die Anerkennung verweigern werde, und hiemit falle hier der einzige Grund, wesshalb das Bundesgesetz jene Erklärung der Heimatsbehörde verlange, weg. — Die zürcherischen Gerichte erklärten sich indess zur Anhandnahme der Scheidungsklage unzuständig.

M o t i v e : Die Ehe der Klägerin mit G. H. Schneider ist trotz des inkorrekten Verfahrens des Civilstandsamtes nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe eine rechtsgültige und als solche von den Gerichten zu schützen (vergl. Entsch. d. B.-Ger. vom 6. Oktober 1883 in S. Baos, A. S. IX, 499 ff. Erw. 2). Da es sich hier nicht um eine Ehe zwischen schweizerischen Staatsangehörigen handelt, so könnte dieselbe bei Anwendung von Art. 56 zit. B.-Ges. von den hiesigen Gerichten erst getrennt werden, wenn nachgewiesen wäre, dass der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkenne. Für Heimatlose, als welche die Eheleute Schneider-Fenner betrachtet werden müssen, ist aber die Beibringung einer solchen Erklärung unmöglich. An jenem Grundsatz muss nun unbedingt festgehalten werden, sei der legislative Grund jener Gesetzesvorschrift welcher er wolle (s. Erw. 4 zit. b.-ger. Entsch.), und gleichgültig, ob infolge dessen die Ehescheidung für Heimatlose unmöglich werde. — Es ist indess zu betonen, dass das genannte Bundesgesetz seinem ganzen Inhalte nach, mit Inbegriff der Vorschriften über die Ehescheidung, grundsätzlich nur für schweizerische Staatsangehörige Geltung hat, und es bildet Art. 56 lediglich eine Vorschrift für A u s l ä n d e r ; dieselbe ist als Ausnahmebestimmung strikt und formal zu interpretiren und darf nicht auf Heimatlose erstreckt werden, so dass auch nicht zu untersuchen ist, ob nicht wenigstens für den vorliegenden Fall jene Erklärung der Heimatbehörde entbehrlich sei.

59. *Markenschutz. Vorsatz oder Fahrlässigkeit bei unterlassener Einsichtnahme des Handelsamtsblatts? Schadenberechnung. B.-Ges. betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken v. 19. Dez. 1879, Art. 18--20.*

St. Gallen. Urtheil des Kantonsgerichts v. 7. März 1890.

Gegen L. E. war wegen unbefugter Nachahmung einer eingetragenen Marke von deren Eigenthümer Strafklage auf Fr. 150 Geldbusse, eventuell 30 Tage Gefängniss und auf Vernichtung der Abdrücke und Clichés, sowie Civilklage auf Fr. 3000 Entschädigung und auf Veröffentlichung des Urtheils in zwei öffentlichen Blättern erhoben. L. E. wandte gegen die Strafklage ein, dass er die vom Kläger erwirkte Eintragung seiner Marke nicht gekannt habe, indem er die betreffende Bekanntmachung im Handelsamtsblatte nicht gelesen; somit liege höchstens eine fahrlässige, also nach Art. 19 des B.-Ges. nicht strafbare Handlung vor. Diese Einrede wurde verworfen auf Grund des bundesgerichtlichen Entscheides v. 23. März 1888 (s. diese Revue, VI S. 104 Nr. 71) und im Anschluss daran in Erwägung:

Es ist zur richterlichen Ueberzeugung erhoben, L. E. habe gewusst, dass das von ihm benützte Waarenzeichen eine täuschend ähnliche Nachahmung des beim Strafkläger schon lange vorher in Verwendung stehenden Waarenzeichens sei; und da er das gewusst hat, so konnte ihn das Nichtlesen des Handelsamtsblattes und das Nichtwissen, dass das Waarenzeichen des Strafklägers im Register eingetragen sei, von der Anschuldigung einer vorsätzlichen Verletzung des fremden Markenrechtes nicht entlasten.

Das Urtheil lautete auf Fr. 30 Busse, event. 6 Tage Gefängniss, und auf Vernichtung der Abdrücke und Clichés; bezüglich der Civilklage sodann auf Fr. 200 Entschädigung ohne Veröffentlichung des Urtheils, mit folgender Motivierung:

L. E. hat sich schon seit Mitte der 1860er Jahre der streitigen Marken bedient, und der Kläger hat seine eigenen Marken, das Vorbild der ersteren, erst 1886 und 1888 im schweizerischen Markenregister eintragen lassen. Es handelte sich daher nicht um eine unerlaubte Nachahmung einer schon eingetragenen Marke, sondern um die erst in Folge der 1886 und 1888 erwirkten Eintragung des Markenurbildes rechtswidrig gewordene Fortsetzung einer schon lange vor 1886 und 1888 geübten und bis dahin erlaubt gewesenen Verwendung der durch Nachahmung erzeugten streitigen Waarenzeichen. Es hatte daher auch bei Bemessung des Schaden-

ersatzes ausser Betracht zu bleiben, ob und inwieweit der Absatz der Kläger'schen Fabrikate im Jahre 1864/65 und bis 1886 und 1888 durch das Auftreten der beklagten Firma und vielleicht eben vermöge der damals erlaubten Verwendung der täuschend ähnlichen Marken zurückgegangen oder in seiner weitern Entwicklung gehemmt wurde. — Der Entschädigungsanspruch musste auf denjenigen Schaden beschränkt werden, der dem Civilkläger durch die seit 1886 und 1888 geübte Weiterbenützung der streitigen Marken erwachsen ist.

Den Gegenstand des Schadenersatzes bildete also der entgangene Gewinn, welcher dem Civilkläger zugeflossen wäre, wenn L. E. die streitigen Marken bei Eintragung der civilklägerschen Marken, 1886 und 1888, sofort ausser Verwendung gesetzt hätte. Dabei war nicht anzunehmen, dass die regelmässigen Abnehmer der beklagten Firma, Kleinhändler, Krämer, sich bei der Aussergebrauchsetzung der L. E.-Marken und bloss wegen derselben von L. E. abgewendet und dem Civilkläger zugewendet haben würden, nachdem sie in ihrem bisherigen langjährigen Geschäftsverkehr mit L. E. beim Vertrieb seiner Fabrikate, über deren Herkunft als L. E.-Fabrikate sie selbst ja nie im Zweifel sein konnten, ihre Rechnung gefunden haben. Vielmehr wäre es den direkten Abnehmern des L. E., den Klein- und Zwischenhändlern, sicher daran gelegen gewesen und wohl auch gelungen, sich ihre bisherigen ständigen Abnehmer unter den Einzelkonsumenten, die sich an das L. E.-Fabrikat gewöhnt haben, zum grössern Theil auch unter der neuen L. E.-Marke zu erhalten.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

60. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichts in Civilstreitigkeiten. Präjudizialverhältniss zwischen Vor- und Widerklage. Widerklage gegen eine bedingt erhobene Hauptklage, welche wegen Ausfalls der Bedingung nicht rechtshängig geworden ist. Ist die Weiterziehung an das Bundesgericht zulässig?*

Vor kantonalem Gericht hatte M.-R. gegen M. auf Rückerstattung irrthümlich zu viel bezahlter Fr. 2689. 05 zunächst in eigenem Namen und eventuell — sofern ihm die Sachlegitimation sollte abgesprochen werden — Namens der Aktiengesellschaft „Stella" geklagt. Der Beklagte hat auf Abweisung beider Klagen angetragen und eventuell gegen die zweite Klägerin, die Aktiengesellschaft St., Widerklage auf Zahlung von 5000 Fr. erhoben. Das kantonale Gericht hat die Klage des M.-R. theilweise gutgeheissen und infolge dessen die bloss eventuell erhobene Klage der Aktiengesellschaft St. und damit auch die lediglich gegen letztere gerichtete Widerklage als dahingefallen erklärt. M. wollte die Streitigkeit an das Bundesgericht weiter ziehen. Allein letzteres erklärte sich incompetent.

Gründe: Allerdings hat der Beklagte der Klage der Aktiengesellschaft St. eine den bundesgerichtlichen Streitwerth erreichende Widerklage entgegengestellt und es besteht zwischen dieser Widerklage und der Vorklage der St. wohl ein Präjudizialverhältniss, so dass das Bundesgericht gemäss bestehender Praxis zur Beurtheilung dieser beiden Klagen competent wäre.[1]) Allein die Vorklage der St. ist eben nur bedingt erhoben worden und es ist die Bedingung, unter welcher einzig sie rechtshängig werden sollte, nämlich die richterliche Verneinung der Aktivlegitimation des Klägers M.-R., nicht eingetreten. Daher war denn über die Klage der St. und damit auch über die einzig gegen diese gerichtete

---

[1]) Vgl. Revue VIII Nr. 47.

Widerklage des Beklagten vom Vorderrichter, wie geschehen, gar nicht mehr zu entscheiden, sondern einfach auszusprechen, dass dieselben wegen Ausfalls der Bedingung, unter welcher die St. ihre Vorklage erhoben hatte, dahinfallen. Die Klage des M.-R. sodann, welche allein unbedingt erhoben und über welche einzig vom Richter zu entscheiden war, erreicht aber den bundesgerichtlichen Streitwerth nicht. (Entsch. vom 20. März 1891 i. S. Marti c. Mösle.)

---

61. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichts gegen im Adhäsionsverfahren erlassene civilrechtliche Entscheidungen.*

Nach constanter Praxis wird die Weiterziehung civilrechtlicher Entscheidungen kantonaler Gerichte an das Bundesgericht dadurch nicht ausgeschlossen, dass dieselben im Adhäsionsverfahren, in Verbindung mit einem Strafurtheile, ausgefällt wurden. (Entsch. v. 21. Februar 1891 i. S. Steussi c. Gengel & Martin.)

---

62. *Art. 50, 51 und 55 O. R. Ist der Schadenersatzanspruch aus Injurien ein Anspruch eidgenössischen Rechtes? Geltendmachung desselben im Adhäsionsverfahren, Befugnisse des Bundesgerichts. Wegfall der Entschädigung aus Art. 55 O. R. wegen Mitverschulden des Klägers.*

1. Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen, mögen nun diese den Thatbestand kantonalrechtlich strafbarer Delikte erfüllen oder nicht, wird, soweit nicht das O. R. selbst das kantonale Recht vorbehält, ausschliesslich durch das eidgenössische Recht, die Vorschriften der Art. 50 und ff. O. R., und nicht durch das kantonale Recht beherrscht; insbesondere gilt dies auch für die Schadenersatzpflicht aus Pressdelikten. Die sachbezüglichen kantonalrechtlichen Vorschriften sind durch das O. R. aufgehoben. Ob ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung für sich allein, im Wege des Civilprozesses, oder in Verbindung mit einer Straf- oder Injurienklage im Adhäsionsverfahren geltend gemacht wird, ist für dessen rechtliche Natur gleichgültig; im einen wie im andern Falle erscheint derselbe als ein privatrechtlicher Anspruch eidgenössischen Rechtes, welcher nach den Vorschriften des O. R. zu beurtheilen ist.

2. Das Bundesgericht hat selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruches aus unerlaubter Handlung gegeben seien. Die Entscheidung des kantonalen Gerichts, welche die Strafklage wegen mangelnder Aktivlegitimation abgewiesen hat, ist für den Civilrichter nicht präjudiziell; ist auch durch dieselbe die Existenz eines Strafanspruchs rechtskräftig verneint, so gilt dies doch nicht für den civilrechtlichen Entschädigungsanspruch. Wenn auch derselbe aus der gleichen, als widerrechtlich bezeichneten, Handlung wie der Strafanspruch abgeleitet wird, so ist er doch von demselben rechtlich seiner Natur und seinen Voraussetzungen nach verschieden und es ist das Vorhandensein der letztern vom Civilrichter selbständig zu prüfen.

3. Auf eine Entschädigung wegen ernstlicher Verletzung der persönlichen Verhältnisse (Art. 55 O. R.) ist nach dem Willen des Gesetzes (Art. 51 Abs. 2 O. R.) dann nicht zu erkennen, wenn der Gekränkte die Kränkung wesentlich durch eigene Schuld sich zugezogen hat, also die etwa eingetretene Störung seiner persönlichen Verhältnisse in allererster Linie selbst herbeigeführt hat. (Entsch. v. 21. Februar 1891 i. S. Steussi c. Martin & Gengel.)

---

63. *Art. 50 und 55 O. R. Inwiefern liegt in der Einreichung einer Strafanzeige wegen Verletzung des Urheberrechts, verbunden mit dem Antrage auf Beschlagnahme eines Verlagsartikels, eine unerlaubte Handlung?*

O. F. & Cie. hatten gegen P. Strafklage wegen Urheberrechtsverletzung erhoben und dabei den Antrag gestellt, es seien die nöthigen vorsorglichen Massregeln zu treffen, damit weitere Veröffentlichungen des P.'schen Werkes verhindert werden, und es sei der Selbstverlag des P. mit Beschlag zu belegen. Die Strafuntersuchung wurde später sistirt, worauf P. die Firma O. F. & Cie. auf Schadensersatz belangte. Der Begründung des die Klage abweisenden Urtheils entnehmen wir folgende Stelle:

„In der civil- oder strafrechtlichen Verfolgung eines vermeintlichen Rechts liegt eine widerrechtliche Handlung an sich nicht, vielmehr macht derjenige, welcher den richterlichen Schutz für ein vermeintliches Recht anruft, lediglich von einer jedem Bürger zustehenden Befugniss Gebrauch. Widerrechtlich handelt er nur dann, wenn sein Vorgehen ein arglistiges oder fahrlässiges war, wenn er sich bewusst war oder nach Lage der Sache bewusst sein musste, dass ihm

ein Anspruch in Wirklichkeit nicht zustehe und ihn daher der Vorwurf böswilligen oder leichtfertigen Handelns trifft.[1] Dabei ist allerdings demjenigen, welcher die Verhängung einer so einschneidenden Massnahme, wie die richterliche Beschlagnahme eines Verlagsartikels, beantragt, wohl zuzumuthen, dass er diess nicht leichthin, sondern erst nach ernstlicher Prüfung der Verhältnisse thue, und ist bei Würdigung seines Verhaltens ein strengerer Massstab anzulegen, als wenn es sich bloss um die Anhebung einer gerichtlichen Civilklage oder um einen Akt der ordentlichen Schuldbetreibung handelte.“ (Entsch. v. 21. März 1891 i. S. Pohlmann c. Orell Füssli & Cie.)

---

64. *Art. 231 O. R. Welchem Rechte unterstehen Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung eines Liegenschaftskaufes?*

Gleichwie der Anspruch auf Erfüllung eines Liegenschaftenkaufes untersteht auch gemäss Art. 231 Abs. 1 O. R. der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung eines solchen Kaufvertrages dem kantonalen Rechte; denn auch dieser Anspruch ist ein solcher aus Vertrag, dem Liegenschaftskaufe, und nicht etwa ein Deliktsanspruch.[2] (Entsch. v. 20. Febr. 1891 i. S. Leber c. Kappeler und v. 28. März 1891 i. S. Lisibach c. Konkursmasse Zimmermann.)

---

65. *Art. 246, 249 O. R. Genügt zur Erhaltung des Rechtes des Käufers auf Wandelung des Kaufes die einfache Mängelrüge? Bedeutung des Musters beim Kaufe nach Muster.*

1) Art. 246 O. R. fordert zu Erhaltung der Rechte des Käufers wegen Sachmängeln lediglich, dass die Mängelrüge rechtzeitig geschehe, nicht dagegen die Erklärung, die Waare werde zur Disposition gestellt. Hat der Käufer die Mängelrüge rechtzeitig gemacht, so ist das Präjudiz, dass die Waare als genehmigt gelte, abgewendet und bleibt es dem Käufer vorbehalten, späterhin Wandelung oder Minderung des Kaufpreises zu verlangen resp. zu erklären.

2) Bei einem Kauf nach Probe muss die Waare, um empfangbar zu sein, der Probe entsprechen; entspricht sie derselben nicht, so ist sie nicht empfangbar, mag sie auch immerhin als Handelsgut mittlerer Qualität erscheinen. Denn

---

[1]) Siehe oben Nr. 29.

[2]) S. oben Nr. 34 und die dortigen Citate.

beim Kauf nach Muster ist eben die Lieferung probemässiger Waare, nicht die Lieferung von Handelsgut mittlerer Qualität versprochen. Die Beziehung auf die Probe vertritt die nähere Bestimmung der zugesicherten Eigenschaften der Waare; freilich nicht schlechthin unbedingt, sondern nur insoweit, als dies dem Parteiwillen entspricht und nicht etwa ersichtlich ist, dass die Probe nur hinsichtlich gewisser, nicht aber hinsichtlich aller Eigenschaften der Waare massgebend sein soll. (Entsch. v. 17. April 1891 i. S. Hauser u. Sobotka c. Schaller.)

---

66. *Art. 512 O. R. Differenzgeschäfte; Einrede des Spiels gegenüber dem Kommissionär; Einkleidung des Differenzgeschäfts in die handelsgebräuchlichen Formen eines Lieferungsgeschäftes.*

Die Behauptung, die Einrede des Spiels sei schon desshalb unzulässig, weil das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältniss sich als Mandat qualifizire, Art. 512 O. R. aber nur das Spielgeschäft selbst, nicht dagegen einen auf Vornahme eines solchen Geschäftes gerichteten Auftrag für klaglos erkläre, jedenfalls aber insoweit das Rechtsverhältniss als Mandat zu bezeichnen sei, als die klägerische Forderung sich auf die aus der Ausführung des Auftrages erwachsenen Auslagen für Kabeldepeschen etc. und die versprochene Provision beziehe, ermangelt schon desshalb der Begründung, weil die Klägerin nach den Bestimmungen des Vertrages von allem Anfang an der Beklagten als Selbstkontrahent gegenüberstand, woran der Umstand, dass sie Anspruch auf Ersatz von Auslagen und auf Provision hatte, nichts ändert, da dadurch der rechtliche Charakter des Vertragsverhältnisses nicht berührt wird. Uebrigens unterliegt keinem Zweifel, dass auch dem Kommissionär, welcher Börsenaufträge ausführt, jedenfalls dann, wenn er den Namen seines Käufers oder Verkäufers nicht nennt und daher nach Art. 446 O. R. als Selbstkontrahent gilt, die Einrede des Spiels entgegengestellt werden kann; andernfalls wäre ja die Vorschrift des Art. 512 O. R. praktisch nahezu bedeutungslos (s. Entsch. des B.-G. i. S. Rüegger c. Knörr. Amtl. Slg. Bd. 12 S. 461 Erw. 3).[1])

Das Gesetz erklärt Lieferungs- und Differenzgeschäfte über Waaren oder Börsenpapiere, welche den Charakter eines Spiels oder einer Wette haben, schlechthin für klaglos,

---

[1]) Diese Revue IV Nr. 115.

ohne alle Rücksicht darauf, ob sie in die handelsgebräuchlichen Formen eines Lieferungsgeschäftes eingekleidet wurden oder nicht, wie ja denn auch bei einer andern Auslegung der gesetzlichen Vorschrift irgendwelche erhebliche praktische Bedeutung nicht zukäme. Der Meinungsäusserung des Bundesrathes,[1]) welche im Gesetzestexte keinen Ausdruck gefunden hat, kann die Bedeutung einer verbindlichen Feststellung des Sinnes des Gesetzes nicht beigemessen werden; sie will übrigens wohl kaum etwas anderes besagen, als dass die Gerichte gegenüber den nach den Handelsgebräuchen abgeschlossenen Lieferungsgeschäften die Einrede des Spiels ohne zwingende Gründe nicht gutheissen, solche Geschäfte vielmehr nur dann für klaglos erklären werden, wenn klar vorliegt, dass es sich trotz der gewählten Form des Lieferungsgeschäftes in Wahrheit um ein blosses Spiel- oder Wettgeschäft handle. Das Kriterium des klaglosen reinen Differenzgeschäftes ist nicht in der äussern Einkleidung des Geschäfts, sondern gemäss der konstanten Praxis des Bundesgerichtes darin zu finden, ob nach übereinstimmender ausdrücklich oder stillschweigend erklärter Willenseinigung der Parteien Recht und Pflicht wirklicher Lieferung und Abnahme der gekauften oder verkauften Waaren oder Börsenpapiere ausgeschlossen ist, so dass bloss die Kursdifferenz den Gegenstand des Vertrages bildet, oder ob dies nicht der Fall ist.[2]) (Entsch. v. 20. Febr. 1891 i. S. Clason & Cie. c. Metzger & Cie.)

---

67. *Art. 886, 210, 205 ff. O. R. Eigenthumsansprüche dritter Personen auf den Gegenstand der Zwangsvollstreckung: beurtheilt sich deren Zulässigkeit nach eidg. Rechte? Ist nach eidg. Rechte die Eigenthumsklage an beim Nichteigenthümer gepfändeten Gegenständen ausgeschlossen, wenn der Eigenthümer dieselben dem Betriebenen anvertraut hat?*

Hierüber entnehmen wir einem bundesgerichtlichen Urtheile folgendes: „Nach Art. 886 O. R. werden richterliche Pfandrechte von den pfandrechtlichen Bestimmungen des O. R. nicht berührt, sondern für dieselben bleiben bis zum Erlasse eines eidgenössischen Betreibungs- und Konkursrechtes die

---

[1]) Siehe dieselbe im Kommentar von Schneider und Fick. 2. Aufl. S. 383 Anm. 8.

[2]) S. Revue IV Nr. 84, 115 und oben Nr. 53 und 54.

kantonalen Vorschriften massgebend. Es ist demnach zweifellos, dass für richterliche, insbesondere Betreibungspfandrechte, die Regel des Art. 210 O. R., wonach ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur als Faustpfand bestellt werden kann, nicht gilt, sondern solche nach Massgabe der kantonalen Gesetze ohne Uebergabe der Pfänder an den Pfändungsbeamten oder an einen Dritten erworben werden können. Allein Art. 886 O. R. bezieht sich nur auf die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Belangten; er behält nur dafür, auf welche Weise und mit welcher Wirkung Betreibungspfandrechte an Sachen des Schuldners begründet werden können, das kantonale Betreibungs- und Konkursrecht vor. Dagegen bezieht er sich nicht auf die Frage, ob und eventuell inwiefern die gerichtliche Pfändung von Sachen eines Dritten dessen Rechte präjudizire oder vielmehr von demselben gestützt auf sein Eigenthum abgewehrt werden könne. In letzterer Richtung handelt es sich überall nicht um eine Frage des Zwangsvollstreckungsrechts, sondern um die rein privatrechtliche Frage der Grenzen des Eigenthumsschutzes. Diese werden aber nicht durch das Betreibungs- und Konkursrecht, sondern durch das materielle Privatrecht, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt, durch das eidg. O. R. bestimmt. Nicht das kantonale Betreibungs- und Konkursrecht, sondern das eidg. O. R. entscheidet darüber, inwiefern der Eigenthümer beweglicher Sachen gegenüber Dritten geschützt oder aber sein Eigenthum durch gutgläubige Erlangung der Sache zu Eigenthum oder Pfand Seitens Dritter zufolge eines für diese eingetretenen entsprechenden Rechtserwerbes aufgehoben oder beschränkt werde. So kann z. B. einem Zweifel kaum unterliegen, dass die Vindikation gestohlener oder verlorener Sachen sich schlechthin nach Art. 206 O. R. richtet und ihr eine gerichtliche Pfändung, welcher diese Sachen beim Diebe oder Finder in kantonalgesetzlich gültiger Form unterworfen worden sein sollten, nicht entgegengehalten werden kann, vielmehr der Eigenthümer, dieser Pfändung ungeachtet, in seinem Rechte auf unbeschwerte Herausgabe der Sache geschützt werden muss. Freilich normirt das eidg. O. R. den Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an beweglichen Sachen nicht in erschöpfender Weise, indem es insbesondere die originären Erwerbsarten des Eigenthums (Occupation, Spezifikation etc.) nicht berührt. Allein die hier in Rede stehende Frage, inwieweit der Grundsatz „Hand wahre Hand“ gelte, resp. inwieweit durch einen gegenüber einem Nichtberechtigten erfolgten Erwerbungsakt ein

Recht an der Sache wirklich begründet werde, fällt durchaus in den sachlichen Geltungsbereich des eidgenössischen Gesetzes.

Ist aber eidgenössisches Recht anwendbar, so erscheint die Beschwerde ohne weiters als begründet. Freilich erwirbt der gutgläubige Empfänger, welchem bewegliche (nicht gestohlene oder verlorene) Sachen zu Faustpfand gegeben worden sind, auch dann Faustpfand, wenn der Besteller zur Verpfändung nicht berechtigt war (Art. 213 O. R.), und gilt der gleiche Grundsatz auch für das Retentionsrecht (Art. 227, vergl. auch Art. 294 O. R.). Allein dies kann, ganz abgesehen davon, dass im vorliegenden Falle die zur Faustpfandbestellung (wie zur Errichtung eines Retentionsrechtes) erforderliche Uebertragung des Gewahrsams nicht stattgefunden hat, auf die im Betreibungswege vollzogene Pfändung nicht erstreckt werden. Denn hier liegt nicht, wie bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten, eine rechtsgeschäftliche, auf Bestellung eines Pfandrechtes gerichtete Verfügung, sondern eine executorische Pfandnahme, ein Akt der Zwangsvollstreckung vor, woran es nichts ändert, dass der belangte Schuldner der Pfändung nicht widersprochen, sondern im Gegentheil dem Pfändungsbeamten die betreffenden fremden Sachen selbst zur Pfandnahme dargeboten haben mag. Es mangelt an dem das Recht des gutgläubigen Faustpfandnehmers, trotz des mangelnden Rechtes seines Autors, begründenden Rechtsgeschäfte. In Ermangelung eines solchen muss es einfach dabei sein Bewenden haben, dass Akte der Zwangsvollstreckung nur gegen das Vermögen des Verpflichteten gerichtet werden können, und wenn sie irrthümlich auf Sachen Dritter ausgedehnt werden, diese letztern kraft ihres Eigenthumsrechtes befugt sind, die Freigabe der zu Unrecht gepfändeten Gegenstände zu verlangen. Diese Regel ist einfach ein Ausfluss des privatrechtlichen Fundamentalsatzes, dass dem Gläubiger nur der Schuldner mit seinem Vermögen, nicht dagegen (abgesehen natürlich von dinglichen schon vor der Execution bestehenden, durch diese nur zu realisirenden, Rechten) auch Dritte mit dem ihrigen haften; sie ist daher auch, soviel wenigstens dem Bundesgerichte bekannt, in der Gesetzgebung allgemein anerkannt. Uebrigens wäre nach dem oben Bemerkten eine abweichende kantonalgesetzliche Bestimmung mit dem eidgenössischen Obligationenrechte unvereinbar und daher ungültig.“ (Entsch. v. 18. April 1891 i. S. Hypothekarbank Winterthur c. Moos & Cie.)

---

68. *Art. 2, 3, 5, 6, 18, 19 Abs. 4 und 22 Abs. 4 des Markenschutzgesetzes vom 19. Christmonat 1879. Schutz der Geschäftsfirmen als Handelsmarken, Voraussetzungen und Umfang. Verhältniss des Art. 50 ff. O. R. zum Markenschutzgesetze. Mehrjährige Nachahmung der Marken eines Andern durch Mehrere, Wirkung. Veröffentlichung des Urtheils auf Kosten des Verurtheilten.*

1) Ansprüche wegen Verletzung des Markenrechts sind lediglich nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes und nicht nach Art. 50 ff. O. R. zu beurtheilen.

2) Nicht bloss der Fabrikant, sondern auch der Besteller der mit nachgemachten oder nachgeahmten Fabrikzeichen versehenen Waaren kann nach Art. 18 ff. des Markenschutzgesetzes civil- und strafrechtlich verfolgt werden.

3) Firmen, welche als Marken gebraucht worden, bedürfen, um den Schutz des Markenschutzgesetzes zu geniessen, der Eintragung in's Markenregister nicht. Dagegen geniessen nur diejenigen Firmen diesen Schutz, welche wirklich als Marken zur Bezeichnung der Waaren benutzt werden.

4) Als Handelsmarken verwendete Firmen geniessen den gleichen Schutz, wie figurative Marken. Auch bezüglich der Frage, ob eine Nachahmung vorliege, gelten für Firmen und figurative Zeichen die gleichen Grundsätze (Art. 6 leg. cit.).

5) Dadurch, dass Mehrere die Firmenmarke eines Andern seit längerer Zeit ohne Einspruch des Berechtigten nachgemacht haben, folgt nicht ohne Weiters, dass dieselbe zur Qualitäts- und Freimarke geworden sei.

6) Die Civilklage aus Art. 18 lit. a und b des Markenschutzgesetzes ist auch zulässig, wenn dem Beklagten nicht dolus, sondern nur Fahrlässigkeit zur Last fällt (Art. 19 Abs. 4).

7) Der Umstand, dass der Nachahmer einer Marke seit Beginn der gegen ihn wegen Verletzung des Markenrechts angestrengten Klage den Gebrauch der nachgeahmten Marken aufgegeben hat, genügt nicht, um die Publikation des die Klage gutheissenden Urtheils auf seine Kosten zu verweigern. (Entsch. v. 13. Februar 1891 i. S. Patek, Philippe & Cie. c. Armand Schwob et frère.)

---

69. *Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes. 1) Kommt die Vermuthung dieser Gesetzesbestimmung auch den vor dem 1. Oktbr. 1879 benutzten Marken, welche erst nach Ablauf der in Art. 28 ibid festgesetzten Frist hinterlegt worden sind, zu? 2) Einrede*

des Beklagten, dass auch der Kläger nicht der wahre Berechtigte, sondern seine Marke die Nachahmung eines älter berechtigten Zeichens sei, Zulässigkeit dieser Einrede und Beweislast. 3) Verzicht auf das Markenrecht.

1) Ist das streitige Zeichen ein altes, d. h. schon vor dem 1. Oktober 1879 benutztes schweizerisches Waarenzeichen, so begründet der Eintrag desselben die Vermuthung zu Gunsten des ersten Hinterlegers, wie sie in Art. 5 Abs. 2 des Markenschutzgesetzes niedergelegt ist, überall nicht;[1]) es hat vielmehr derjenige, welcher das Markenrecht an einem solchen Zeichen beansprucht, ohne Rücksicht auf das Datum der Hinterlegung, im Bestreitungsfalle nachzuweisen, dass ihm die Priorität im Gebrauche des Zeichens zustehe.

2) Allerdings gilt nach Art. 5 Abs. 2 cit. der erste Hinterleger eines Waarenzeichens als der wahre Berechtigte, d. h. als erster Benutzer des Zeichens, und wird daher allen denjenigen gegenüber, welche einen ältern Gebrauch nicht darzuthun vermögen, geschützt. Allein die Hinterlegung begründet Rechte nur für den Hinterleger selbst, nicht aber für Dritte; die Rechtsvermuthung des Art. 5 Abs. 2 cit steht also nur demjenigen zur Seite, welcher die Hinterlegung, aus welcher sie abgeleitet wird, bewirkt hat, nicht aber Dritten. Danach können denn Sch. und B., nachdem Sch. & Cie. die den Erstern kraft ihres Eintrages zur Seite stehende Rechtsvermuthung durch den Nachweis ältern Gebrauchs des Zeichens widerlegt haben, keinenfalls einfach darauf abstellen, dass ein gleicher Nachweis nicht auch gegenüber einem Dritten, welcher das gleiche oder ein ähnliches Zeichen ebenfalls benutzt und vor Sch. & Cie. hinterlegt hat, geleistet sei. Sch. und B. können die dem Dritten zur Seite stehende Rechtsvermuthung nicht für sich geltend machen. Sie könnten vielmehr den Anspruch von Sch. & Cie. nur dadurch zurückweisen, dass sie ihrerseits den Nachweis erbringen, der Gebrauch von Sch. & Cie. sei, wenn auch älter als der ihrige, doch nicht ein berechtigter, sondern es sei deren Marke lediglich die Nachahmung eines älter berechtigten Zeichens. Dieser Nachweis stände Sch. und B. allerdings offen, denn damit würde nicht eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten geltend gemacht, sondern vielmehr dargethan, dass das von Sch. & Cie. beanspruchte Markenrecht diesen nicht zustehe, dieselben nicht die wahren Berechtigten seien. Allein die Beweislast hiefür träfe Sch. und B..

---

[1]) Siehe Revue IV Nr. 91.

denn durch den Beweis ihres ältern Gebrauchs haben Sch. & Cie. ihrer Hauptbeweispflicht Genüge geleistet; dieser ältere Gebrauch muss in so lange als ein berechtigter gelten, als nicht Sch. und B. Thatsachen darlegen, aus welchen sich das Gegentheil ergibt, und es darf Sch. & Cie. nicht zugemuthet werden, ihrerseits zu beweisen, dass die Berechtigung ihres Gebrauchs nicht durch das entgegenstehende Recht eines Dritten ausgeschlossen werde.

3) Das eidgenössische Markenschutzgesetz enthält besondere Bestimmungen über den Verzicht auf das Markenrecht nicht. Demnach muss angenommen werden, es genüge jede ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, aus welcher der Verzichtswille, der Wille des Berechtigten, auf sein ausschliessliches Recht an der Marke zu verzichten und den Gebrauch des Zeichens freizugeben, sich unzweideutig ergibt. Insbesondere muss dies für nicht eingetragene Marken gelten, bei welchen eine Erklärung zum Zeichenregister (ein Antrag auf Löschung) nicht möglich ist.[1]) (Entsch. v. 4. April 1891 i. S. Schürch & Cie. c. Schürch und Blohorn.)

---

70. *Art. 33 B.-Ges. über Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Dezbr. 1872. Entschädigungspflicht des Bundes als Postverwaltung gegenüber den Eisenbahnen für vom Bundesrathe im Interesse des durchgehenden Verkehrs angeordnete Einrichtungen.*

Art. 33 cit. geht unverkennbar von dem Gedanken aus, dass im allgemeinen jede Bahnverwaltung als öffentliche Verkehrsanstalt verpflichtet sei, die durch das jeweilige Bedürfniss des durchgehenden Verkehrs geforderten Einrichtungen auf ihrem Netze in ihren eigenen Kosten zu treffen, mögen

---

[1]) In casu hat das B.-Gericht mit Mehrheit Verzicht auf das Markenrecht angenommen, weil Sch. & Cie. durch ein im Jahre 1886 an ihre Geschäftsfreunde erlassenes Circular erklärt hatten, sie haben ihr streitiges (damals nicht eingetragenes) Zeichen wegen der Häufigkeit der Nachahmungen durch eine andere deponirte Marke ersetzt. Sch. & Cie. hatten aber trotz dieser Erklärung das streitige Zeichen thatsächlich weiter benutzt und dasselbe dann auch später ebenfalls eintragen lassen. Hienach dürfte die Entscheidung nicht unbedenklich sein. Zweifellos kommt unter solchen Umständen der Erklärung in dem erwähnten Circular nicht die Bedeutung eines in publico gemachten Verzichtes zu. Vgl. Art. 10 des Markenschutzges. v. 1879 und besonders Kohler, Recht des Markenschutzes S. 294 ff.

auch diese Einrichtungen (Züge mit erhöhter Fahrgeschwindigkeit, Vermehrung der Anzahl der Züge, Nachtzüge u. dgl.) in den Konzessionen nicht vorgeschrieben sein, sondern erst durch die spätere Entwicklung der Verhältnisse sich als Bedürfniss herausgestellt haben. Unter bestimmten Voraussetzungen dagegen, dann nämlich, wenn „besondere Leistungen“ einer Bahngesellschaft nothwendig werden, welche ihr „billigerweise“ nicht allein zugemuthet werden können, gewährt das Gesetz (Art. 33 al. 4) der betreffenden Eisenbahngesellschaft einen Anspruch auf Entschädigung bezw. auf einen Beitrag Dritter an die Mehrauslagen.

Fragt sich zunächst, gegen wen dieser Anspruch sich richte, so erscheint es als unzulässig, die beiden Sätze des al. 4 des Art. 33 E. G. auseinander zu reissen und in demselben den Ausdruck zweier verschiedener Rechtssätze zu finden, einerseits (im ersten Satze) der Norm, dass der Bund auf Entschädigung könne belangt werden, andrerseits (im zweiten Satze) der Vorschrift, dass unter Umständen neben dem Bunde auch andere Personen („Dritte“) zu einem Beitrage können herangezogen werden. Die beiden Sätze des al. 4 gehören vielmehr zusammen; sie besagen, dass in dem in Rede stehenden Falle der Entscheid des Bundesgerichtes über die Frage der Entschädigung könne angerufen werden, welches alsdann zu entscheiden habe, ob und in welchem Masse Dritte an die Mehrausgaben für eine im Interesse des durchgehenden Verkehrs angeordnete Einrichtung beizutragen haben. Dafür spricht die ganze Textirung des Gesetzes. Dass der erste Satz des al. 4 wegen seines Zusammenhanges mit den vorhergehenden Bestimmungen des Gesetzes unverkennbar ausschliesslich den Bund als entschädigungspflichtiges Subjekt bestimme, ist unrichtig. Die Anstände über die Einrichtung der für den durchgehenden Verkehr nöthigen Personenzüge, über die Einführung der direkten Expedition im Personen- und Güterverkehr u. s. w., von welchen in al. 2 und 3 des Art. 33 die Rede ist, sind offenbar nicht ausschliesslich, ja wohl nicht einmal vorwiegend, als Anstände zwischen einer Bahngesellschaft und der Eisenbahnverwaltung des Bundes, sondern jedenfalls auch als solche zwischen den verschiedenen, bei der Einrichtung durchgehender Züge u. s. w. betheiligten Verkehrsanstalten, insbesondere Eisenbahngesellschaften, gedacht; es ist also unzutreffend, dass Art. 33 Abs. 2 und 3 nur von Beziehungen zwischen dem Bunde und einer im Interesse des direkten Verkehrs mit einer Leistung belasteten Bahngesellschaft handle und

daher auch al. 4 in seinem ersten Satze nur den Bund als entschädigungspflichtiges Subjekt im Auge haben könne. Da das Gesetz sich nicht näher darüber ausspricht, was dasselbe unter den „Dritten“ verstehe, welche durch Entscheidung des Bundesgerichtes zu Beiträgen können angehalten werden, bezw. ob darunter unter gewissen (und welchen) Voraussetzungen auch der Bund zu begreifen sei, so muss sein Sinn im Wege der Interpretation ermittelt werden; dabei ist es gewiss, obschon natürlich den sog. Gesetzesmaterialien verbindliche Kraft nicht zukommt, erlaubt wie geboten, auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zurückzugehen, um daraus, aus der Genesis der gesetzgeberischen Anordnung, Anhaltspunkte dafür zu gewinnen, welchen Sinn der Gesetzgeber mit dem, verschiedener Auslegung fähigen, Gesetzesworte verbunden habe. Aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes[1]) nun darf gewiss der Schluss gezogen werden, dass die gesetzgebenden Räthe, indem sie das Gesetz in seiner gegenwärtigen Fassung annahmen, nicht ausschliessen wollten, dass der Bund zu Tragung der Mehrkosten einer im Interesse des durchgehenden Verkehrs einer Bahngesellschaft auferlegten Leistung jedenfalls dann könne herbeigezogen werden, wenn die Leistung wesentlich mit im postalischen Interesse ist angeordnet worden. Allerdings ist die eidgenössische Postverwaltung im Gesetze nicht, wie im bundesräthlichen Entwurfe, als beitragspflichtig ausdrücklich genannt. Allein sie fällt nach dem unverkennbaren Willen des Gesetzgebers unter die allgemeine Bezeichnung der „Dritten“. Dem bundesräthlichen Entwurfe lag der Gedanke zu Grunde, eine rechtliche Gemeinschaft der bei einer Einrichtung für den durchgehenden Verkehr betheiligten Verkehrsanstalten (Bahnverwaltungen und Post) zu schaffen, kraft welcher diese unter Umständen an den für solche Einrichtungen Einem Mitgliede auferlegten, aber im gemeinsamen Interesse liegenden Leistungen finanziell sich zu betheiligen haben. Im Gesetze ist der Gedanke einer solchen rechtlichen Gemeinschaft der Interessenten an den Einrichtungen für den durchgehenden Verkehr nicht aufgegeben, sondern vielmehr in allgemeinerer Fassung, nach welcher nicht mehr nur von Verkehrsanstalten (von andern Bahnverwaltungen und der Postanstalt), sondern ganz allgemein von „Dritten“ die Rede ist, festgehalten. Angesichts des ganz allgemeinen Wortlautes des Gesetzes, welches einen materiellen Rechtssatz in die

[1]) Welche im Urtheil einlässlich dargestellt ist.

Form einer prozessualen Kompetenznorm einkleidet und die Kriterien der Beitragspflicht Dritter nicht näher bestimmt, wird es allerdings vielfach als zweifelhaft erscheinen, wer als beitragspflichtiger dritter Interessent im Sinne des Gesetzes könne behandelt werden; soviel aber steht jedenfalls fest, dass der Bund mit Rücksicht auf die eidg. Postverwaltung ein solcher Interessent ist, welcher unter Umständen zur Beitragsleistung kann herangezogen werden. Und zwar ist es hiefür nicht erforderlich, dass die betreffende Leistung mit Rücksicht auf ein fiskalisches Interesse sei angeordnet worden oder dass die fiskalischen Erträgnisse der Post dadurch thatsächlich gesteigert werden; es genügt vielmehr, dass überhaupt das Bedürfniss der Postverwaltung wesentlich mitbestimmend war, dass durch die betreffende Anordnung ein Vortheil der Postverwaltung bezweckt wurde, mag derselbe auch nicht in einer Vermehrung der Erträgnisse, sondern in der Ermöglichung leichterer und besserer Erfüllung der postalischen Verkehrsaufgabe liegen. Die Post ist ja kein auf Erzielung eines Gewinnes gerichtetes gewöhnliches Gewerbe des Fiskus, sondern eine öffentliche Verkehrsanstalt des Staates, eine Abtheilung des öffentlichen Dienstes, deren Aufgabe in erster Linie darin besteht, dem Verkehr zu dienen und damit ein öffentliches Interesse zu befriedigen. Wenn daher von postalischen Interessen die Rede ist, so handelt es sich dabei in allererster Linie nicht um Interessen des Fiskus, sondern um Interessen der Post als öffentlicher Anstalt. Dass das Gesetz den Bund nur bei fiskalischen Vortheile der Post als beitragspflichtigen Interessenten betrachtet wissen wolle, dafür spricht weder der ganz allgemeine Wortlaut desselben, noch sprechen dafür anderweitige Interpretationselemente. Mit dem dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedanken einer Gemeinschaft der beim durchgehenden Verkehr Betheiligten, insbesondere der Verkehrsanstalten, kraft welcher diese eine gemeinschaftliche Aufgabe unter Umständen aus gemeinschaftlichen Mitteln zu erfüllen haben, ist diese Beschränkung unvereinbar. (Entsch. v. 27. Februar 1891 i. S. Centralbahn und N. O. Bahn c. Bund.)

---

71. *Art. 12 B.-Ges. betreffend Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Verjährung der Ansprüche aus demselben; Unerheblichkeit eines bundesräthlichen Entscheides, dass die betreffende Anstalt als Fabrik zu betrachten sei, für den Beginn der Verjährungsfrist.*

B. hatte am 18. Mai 1887 in der Säge des Bt. einen Unfall erlitten. Am 4. Nov. 1887 entschied der Bundesrath, die Säge des Bt. falle nicht unter das Fabrikhaftpflichtgesetz; am 21. Januar 1890 hob er dann aber diesen Beschluss wieder auf und erklärte das Fabrikhaftpflichtgesetz auf den von B. am 18. Mai 1887 erlittenen Unfall anwendbar.[1]) B. erhob nun Klage gegen Bt. aus dem genannten Gesetze; allein dieselbe wurde als verjährt erklärt. Der bundesgerichtlichen Entscheidung entnehmen wir folgendes: „Nach Art. 12 des Fabrikhaftpflichtges. kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Verjährung von Fabrikhaftpflichtansprüchen von dem Tage der Verletzung oder Tödtung an zu laufen beginnt, und nicht erst von einem allfälligen bundesräthlichen Entscheide an, dass die betreffende Anstalt sich als Fabrik im Sinne des Gesetzes qualifizire. Die rechtliche Möglichkeit der Erhebung einer Haftpflichtklage ist auch nicht durch das Vorhandensein eines derartigen Entscheides bedingt und auch durch einen die Unterstellung der betreffenden Anstalt unter das Fabrikgesetz ablehnenden Entscheid nicht ausgeschlossen. Vielmehr steht es dem Verletzten auch in letzterm Falle frei, die Haftpflichtklage doch zu erheben und im Laufe des Prozesses eine neue Entscheidung des Bundesrathes zu provoziren.“ (Entsch. v. 6. Februar 1890 i. S. Bühler c. Bovet.)

---

[1]) S. Bundesblatt 1890 Bd. I S. 170. Die Bestimmung des Art. 14 des B.-Ges. vom 25. Juni 1881 und Art. 10 des B.-Ges. vom 26. April 1887, wonach ausschliesslich der Bundesrath, auch für die Gerichte verbindlich, zu entscheiden hat, ob eine Unternehmung unter die Vorschriften der genannten Gesetze falle, ist, wie insbesondere dieser Fall, aber auch der Fall Grivet c. Lienhard, welchen das B.-Gericht am 6. Februar 1891 entschieden hat, beweist, wohl eine der unglücklichsten der gesammten Bundesgesetzgebung. Im letztern Fall (Grivet c. Lienhard) musste das Fabrikhaftpflichtgesetz zur Anwendung gebracht werden, trotzdem zur Zeit des Unfalls die Voraussetzungen, unter welchen die Säge des L. als Fabrik zu betrachten und vom Bundesrath als solche erklärt worden war, längst nicht mehr vorhanden waren, bloss weil Lienhard, der, gleich wie der Kläger, als Fabrikherr im Armenrecht prozessirte, vergessen hatte, rechtzeitig die Streichung der Säge aus dem Fabrikverzeichnisse zu verlangen, die Anwendbarkeit des Fabrikhaftpflichtgesetzes aber gemäss den citirten Gesetzesstellen davon abhing, ob die Anstalt (Säge) des L. zur Zeit des Unfalls in jenem Verzeichnisse enthalten war.

72. *Art. 4 des B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht. Verjährung der Ansprüche aus demselben.*

Ansprüche aus dem erweiterten Haftpflichtgesetze unterstehen in allen Fällen gemäss Art. 4 dieses Gesetzes nicht den Vorschriften des Eisenbahn-, sondern des Fabrikhaftpflichtgesetzes; insbesondere gelten rücksichtlich der Verjährung die Vorschriften des Art. 12 des Fabrik- und nicht diejenigen des Art. 10 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Danach beträgt denn die Verjährungsfrist ein, und nicht zwei Jahre und gelten für die Unterbrechung der Verjährung nicht die Sonderbestimmungen des Art. 10 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes (wonach auch eine blosse aussergerichtliche Reklamation als Unterbrechungsgrund anerkannt ist), sondern die Vorschriften des gemeinen Rechts, d. h. des O. R. (Entsch. v. 28. Februar 1891 i. S. Häfliger c. Centralbahn.)

---

73. *Art. 3 und 4 B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht. Umfang der Haftpflicht des Fabrikherrn. Verletzung eines Arbeiters im Geschäftsbetriebe einer andern Unternehmung, welcher sein Arbeitgeber die Ausführung gewisser Arbeiten durch Werkvertrag übertragen hat.*

Z. war bei der beklagten Baumwollspinnerei und Zwirnerei N. als Handlanger angestellt. Eines Tages hatte er gemeinsam mit einem Mitarbeiter in die Sägerei der Gebr. L. (ein dem erweiterten Haftpflichtgesetze unterstehendes Etablissement) Holz gebracht, welches dort geschnitten werden sollte. Gegen Abend hatten Z. und B. das gesägte Holz wieder abzuholen. Als sie ankamen, war das Sägen noch nicht ganz beendigt; sie holten die fertigen Stücke nach und nach aus dem Sägeraum ab, wo sie dieselben vom Boden, links und rechts neben der Fraise, aufnahmen, und luden sie auf den mitgebrachten Wagen. Nachdem eben die letzte „Schwarte" durchsägt worden war und der Fraiser sich nach hinten begeben hatte, um dieselbe mit dem Beile loszuschlagen, versuchte Z., die Schwarte selbst vom Fraisetisch wegzunehmen; dabei wurde er von der Fraise am rechten Arme erfasst und derart verletzt, dass der Arm amputirt werden musste. Wegen dieses Unfalles belangte er die Beklagte gestützt auf Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes auf Entschädigung. Die Beklagte bestritt, dass der Unfall sich in ihrem Betriebe ereignet habe, und es wurde die Klage vom Bundesgericht auch aus diesem Grunde abgewiesen, indem das B.-Gericht

sich folgendermassen aussprach: Das erweiterte Haftpflichtgesetz (Art. 3 und 4) dehnt die Haftpflicht der Fabrikunternehmer auf alle auch bloss mittelbar mit dem Fabrikbetriebe zusammenhängenden Dienstverrichtungen sowie auf die nicht zum Fabrikbetriebe im engern Sinne gehörigen, aber mit demselben in einem Zusammenhange stehenden Hülfsarbeiten aus. Dagegen erstreckt auch das erweiterte Haftpflichtgesetz (abgesehen von der hier nicht weiter in Betracht fallenden Vorschrift des Art. 2) die Haftpflicht nicht über den eigenen Gewerbebetrieb des Haftpflichtigen hinaus; es macht den Fabrikanten wohl für Betriebsunfälle im weitesten Sinne dieses Wortes verantwortlich, allein immerhin nur für die Betriebsunfälle seines Fabrikgewerbes, d. h. für die Unfälle, welche dem Betriebskreise seines Unternehmens entspringen, aus einer Thätigkeit entstehen, die dem auf seine Rechnung geführten Gewerbebetriebe zugehört. Dagegen erstreckt sich die Haftpflicht des Fabrikanten auch nach dem erweiterten Haftpflichtgesetze nicht auf solche Arbeiten, deren Ausführung überhaupt keinen Theil seines Gewerbebetriebes bildet, sondern die dem Betriebskreise eines andern Unternehmens angehören, insbesondere auch nicht auf solche Arbeiten, welche der Fabrikant einem dritten Unternehmer zur selbständigen Ausführung auf eigene Rechnung verdungen hat. Nun hat im vorliegenden Falle die Beklagte nicht etwa die Sägereieinrichtung und die Dienste der Gebr. L. zum Zwecke des eigenen Sägens des Holzes gemiethet, sondern die Gebr. L. hatten das Sägen kraft Werkvertrages, als Unternehmer auf eigene Rechnung, übernommen. Sie hatten dieses Werk allein, ohne Mitwirkung der Leute der Beklagten, auszuführen. Den letztern und speziell dem Kläger war festgestelltermassen von der Beklagten weder Auftrag noch auch nur Erlaubniss ertheilt worden, beim Sägen des Holzes mitzuwirken; ihre Aufgabe beschränkte sich auf den Transport; sie hatten das Holz zur Säge hin- und wieder zurückzubringen, auf- und abzuladen, nicht dagegen bei der Sägereiarbeit mitzuwirken; diese sollte nicht etwa durch Zusammenwirken der Leute der Beklagten und der Sägerei vollzogen werden, so dass von einem Ineinandergreifen der Betriebskreise gesprochen werden könnte, sondern sie war ausschliesslich Sache der Sägereiunternehmer und ihrer Leute. Diese Arbeit fällt also gänzlich ausserhalb des Betriebskreises der beklagten Spinnerei, sie gehört nicht zum Betriebe der Spinnerei, sondern zu demjenigen der Sägerei der Gebr. L. Zur Sägereiarbeit aber

gehört gewiss auch das Auflegen des Holzes auf den Säge tisch und die Wegnahme der geschnittenen Stücke von diesem Tisch. Indem daher Z. in diese letztere Verrichtung, zudem in höchst unvorsichtiger Weise eingriff, hat er keinenfalls eine zum Betriebe der Beklagten gehörige Dienstverrichtung erfüllt, sondern sich unbefugt in den Betrieb der Sägerei der Gebr. L. eingemischt. Durch eine derartige unbefugte Einmischung des Arbeiters einer Fabrik in den Betriebskreis eines Dritten kann aber gewiss die Haftpflicht des Fabrikanten nicht ausgedehnt, auf Unfälle, welche der Arbeiter in dem fremden Gewerbebetriebe erleidet, nicht erstreckt werden. Es kann unter Umständen, wenn z. B. das Unternehmen, in welches der Arbeiter sich eingemischt hat, der Eisenbahnbetrieb ist, die Haftpflicht des dritten Unternehmers in Frage kommen; diejenige des Fabrikherrn, in dessen Dienst der Arbeiter steht, ist ausgeschlossen. (Entsch. v. 10. April 1891 i. S. Zollinger c. Spinnerei Niederuster.)

---

74. *Art. 45 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung.*

Art. 45 B.-Ges. über Civilstand und Ehe kommt gemäss konstanter Praxis, sofern nur ein bestimmter Scheidungsgrund nicht vorliegt, stets zur Anwendung, wenn beide Parteien, sei es auch aus verschiedenen Gründen und indem sie sich gegenseitig die ausschliessliche oder überwiegende Schuld zuschieben, die Ehescheidung verlangen. Dessen Anwendung schliesst denn auch keineswegs aus, dass der eine oder andere Theil als der überwiegend oder ausschliesslich schuldige erklärt und demgemäss zu einer Entschädigung verurtheilt werde. (Entsch. v. 10. April 1891 i. S. Eheleute Peter.)

---

75. *Art. 46 lit. b B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Vorwurf der ehelichen Untreue des Ehemanns gegen seine Ehefrau.*

Der Vorwurf der ehelichen Untreue seitens des Ehemanns gegen seine Ehefrau enthält eine tiefe Ehrenkränkung im Sinne des Art. 46 lit. b leg. cit., sofern derselbe nicht durch besondere Umstände, welche der Ehemann nachzuweisen hat, abgeschwächt wird. (Entsch. v. 2. Mai 1891 i. S. Eheleute Châtelain.)

---

76. *Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Anspruch der geschiedenen Ehefrau auf Uebergabe der Pathengeschenke der Kinder und auf Unterhalt während des Scheidungsprozesses; ist darüber im Scheidungsprozesse zu entscheiden?*

Ueber den Anspruch der geschiedenen Ehefrau, welcher die Kinder zur Erziehung zugewiesen werden, auf Herausgabe der den Kindern gemachten Göttigeschenke, ist nicht im Scheidungsprozesse zu entscheiden. Denn es handelt sich hier um einen Anspruch der Kinder resp. um die Frage, wem die Verwaltung der den Kindern gemachten Pathengeschenke zustehe. Die Frage, welchem Elterntheil die Verwaltung dieser Vermögensstücke zustehe, hängt mit der Ehescheidung nicht zusammen und ist daher nicht im Scheidungsprozesse zu erörtern. Ebenso ist über den Anspruch der Ehefrau auf Ersatz der ihr während der Dauer des Scheidungsprozesses für ihren Unterhalt u. s. w. entstandenen Auslagen nicht im Scheidungsprozesse zu entscheiden, nachdem eine richterliche Verfügung hierüber im Laufe des Verfahrens nicht erwirkt worden ist.[1] Es erscheint vielmehr als eine, im Bestreitungsfalle in besonderm Verfahren zu entscheidende, mit der Ehescheidung nicht zusammenhängende Frage des ehelichen Güterrechts, ob der Ehemann für die betreffenden Auslagen der Frau aufzukommen habe. (Entsch. v. 13. März 1891 i. S. Eheleute Baumgartner.)

---

77. *Art. 43 und 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Ehescheidung einer Schweizerbürgerin, welche sich mit einem Heimatlosen verehelicht hat. Ist Art. 56 leg. cit. anwendbar?*

Der in der Schweiz geborene Deutsche Sch. hatte während seines hiesigen Aufenthalts auf die deutsche Staatsangehörigkeit verzichtet, ohne ein anderes Staatsbürgerrecht zu erwerben. Später verehelichte er sich mit A. F. von K., Kt. Zürich, und entfernte sich bald nachher unbekannt wohin. Die von der Ehefrau Sch. gegen Sch. an seinem letzten schweizerischen Wohnorte angehobene Scheidungsklage wiesen die kantonalen Gerichte, gestützt auf Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe, von der Hand.[2] Auf Beschwerde der A. Sch. beschloss aber das B.-Gericht, es sei die Klage anzunehmen.

---

[1] Vgl. Art. 44 leg. cit.

[2] Siehe den Entscheid oben Nr. 58 S. 69.

Gründe: Frägt sich, ob Art. 56 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe auf diesen Thatbestand anwendbar sei, so ist dies gemäss dem Wortlaute und dem Sinn und Geiste der angeführten Gesetzesbestimmung zu verneinen. Art. 56 spricht von Ehen zwischen „Ausländern", er setzt also voraus, dass beide Ehegatten Ausländer seien. Er verlangt im fernern den Nachweis, dass der Staat, dem die Eheleute angehören, das zu erlassende Urtheil anerkenne; er hat also nur Eheleute im Auge, die einem bestimmten fremden Staate angehören, nicht aber auch solche, welche überhaupt keinem bestimmten Staate angehören oder von welchen der eine Theil heimatlos[1]), der andere dagegen nicht Ausländer, sondern gegentheils Schweizerbürger ist. Dem entspricht dann auch der Zweck des Gesetzes. Der Gesetzgeber wollte durch die Vorschrift des Art. 56 die Verwickelungen vermeiden, welche entstehen könnten, wenn ein schweizerisches Ehescheidungs- oder Nichtigkeitsurtheil im Heimatstaate der Parteien nicht anerkannt würde, so dass dieselben dort fortwährend als verheiratet gälten. Von solchen Konflikten kann dann aber keine Rede sein, wenn die Parteien überhaupt keinem ausländischen Staate angehören, sondern heimatlos oder theils heimatlos theils Inländer sind. Danach kann denn die Anhandnahme der Scheidungsklage nicht wegen Mangels des im Art. 56 cit. geforderten Nachweises verweigert werden. Die Ansicht, dass das Bundesgesetz betreffend Civilstand und Ehe sich seinem Inhalte nach prinzipiell nur auf Schweizerbürger beziehe und auf Ausländer sich nur insoweit erstrecke, als es dies ausdrücklich vorschreibe, erscheint nicht als richtig. Das Gesetz bringt, wenn es auch freilich rücksichtlich der Eheverhältnisse der Ausländer deren heimatlichem Rechte in verschiedenen Richtungen (vgl. u. a. Art. 31) Einfluss gestattet, doch in keiner Weise zum Ausdrucke, dass seine Normen prinzipiell nur für Schweizerbürger gelten; insbesondere ergiebt sich gerade aus Art. 56, dass für Scheidungsklagen der Ausländer prinzipiell der schweizerische Richter angerufen werden kann, und dessen Kompetenz nur insofern als es sich um Ausländer handelt, die einem bestimmten Staate angehören, durch die Nothwendigkeit des dort geforderten Nachweises beschränkt wird; andernfalls würde ja auch die Ehescheidung, wie übrigens auch der Eheabschluss für heimatlose, in der Schweiz domizilirte Personen völlig unmöglich.

---

[1]) Siehe den Entscheid unten Nr. 81.

Es gäbe für Ehesachen solcher Personen weder ein anwendbares Recht noch einen Gerichtsstand.

Demgemäss könnte sich dann nur noch fragen, ob nicht die Scheidungsklage desshalb von der Hand zu weisen sei, weil der Ehemann keinen Wohnsitz in der Schweiz hat, die Gerichtsstandsnorm des Art. 43 Abs. 1 leg. cit. also nicht anwendbar ist, und nun der Gerichtsstand des Abs. 2 ibidem nur dann Anwendung finde, wenn der Ehemann Schweizerbürger ist. Auch dies ist indess zu verneinen. Es mag dahingestellt bleiben, ob im allgemeinen der Gerichtsstand des letzten schweizerischen Wohnortes, wie ihn Art. 43 Abs. 2 cit. statuirt, auch für Ausländer gelte. In Fällen der vorliegenden Art nämlich ist derselbe jedenfalls begründet. Art. 43 Abs. 2 cit. will unzweifelhaft schweizerischen Ehegatten einen Gerichtsstand in der Schweiz sichern; dabei ist, der normalen Gestaltung der Verhältnisse entsprechend, zunächst wohl nur an den Fall gedacht worden, dass beide Ehegatten Schweizer sind, resp. dass der Ehemann dies ist, während der anormale hier vorliegende Fall, dass die Ehefrau Schweizerin, der Ehemann dagegen Heimatloser ist, nicht in Betracht gezogen wurde. Allein im Sinn und Geiste des Gesetzes liegt es gewiss, auch in diesem Falle dem schweizerischen Ehegatten den schweizerischen Gerichtsstand zu wahren, und es ist daher hier die Scheidungsklage am letzten schweizerischen Wohnorte zuzulassen. (Entsch. v. 13. März 1891 i. S. Schneider.)

---

78. *Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft; ist derselbe privatrechtlicher Natur?*

Nicht bloss der Anspruch auf Feststellung der dem ausserehelichen Schwängerer obliegenden vermögensrechtlichen Leistungen, sondern auch der Anspruch auf Feststellung der Vaterschaft ist privatrechtlicher Natur, denn er geht auf Feststellung eines familienrechtlichen Verhältnisses; diess um so mehr dann, wenn die Vaterschaftsklage principiell Statusklage ist. Daran ändert nichts, ob nach dem betreffenden kantonalen Rechte die aussereheliche Schwängerung, nicht bloss der aussereheliche Beischlaf, als strafbare Handlung erscheint. (Entsch. v. 22. Febr. 1891 i. S. Perini.)[1]

---

[1]) S. diese Revue VII Nr. 37.

79. *Art. 59 B.-V. Gerichtsstand bevormundeter Personen für persönliche Ansprachen.*

Kantonale Gesetzesbestimmungen, wonach bevormundete Personen ihren Gerichtsstand am Wohnsitze ihres Vormundes haben, verstossen nicht gegen Art. 59 B.-V. und kommen daher auch im interkantonalen Verkehr zur Anwendung.[1]) (Entsch. v. 28. März 1891 i. S. Menétrey.)

---

80. *Art. 59 B.-V. Prozessrechtlicher (Gerichtsstands-) Vertrag zu Gunsten Dritter; kann der Dritte am vereinbarten Gerichtsstande klagen?*

In einem Vertrage zwischen H. in B., Kt. Bern, und der luzernischen Gemeinde S. betreffend Subvention eines von H. in der Gemeinde S. zu errichtenden industriellen Etablissements war bestimmt, dass „H. für alle auf den Geschäftsbetrieb in S. sich beziehenden Verbindlichkeiten Domizil und Gerichtsstand in S. verzeige.“ Nachdem H. sein Geschäft in S. verkauft hatte, wurde er von einem ehemaligen Angestellten gestützt auf obige Vertragsbestimmung beim Bezirksgerichte S. belangt, und die Zuständigkeit dieses Gerichtsstandes auch vom Bundesgerichte anerkannt.

Gründe: Richtig ist, dass im allgemeinen eine vertragliche Erklärung, sich einem bestimmten Gerichtsstand unterwerfen, dort für gewisse Rechtsverhältnisse Domizil erwählen zu wollen, nur gegenüber dem Vertragsgegner, dem Empfänger der Erklärung, nicht aber gegenüber Dritten wirkt. Allein im vorliegenden Falle kann ein Zweifel darüber nicht obwalten, dass die Erklärung des Rekurrenten, sich für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetriebe in S. dort belangen lassen zu wollen, nicht nur zu Handen der Gemeinde S., sondern dass sie zu Handen des Publikums, d. h. aller derjenigen abgegeben wurde, welche zu dem Rekurrenten mit Bezug auf sein Zweiggeschäft in S. in rechtliche Beziehungen treten werden. Bei dieser von vornherein für einen unbestimmten Personenkreis bestimmten Erklärung muss sich denn der Rekurrent von denjenigen behaften lassen, welche deren Voraussetzung erfüllt und sie damit akzeptirt haben, d. h. von allen Personen, welche mit ihm in Bezug auf seinen Geschäftsbetrieb in S. in rechtliche Beziehungen getreten sind. (Entsch. v. 13. März 1891 i. S. Heuer.)

---

[1]) S. oben Nr. 45 und Art. 47 B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs v. 11. April 1889.

81. *Art. 8 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Deutschland vom 31. Mai 1890. Rückübernahme ehemaliger Staatsangehöriger.*

In dem oben Nr. 77 abgedruckten Falle sprach sich das Bundesgericht über den Inhalt obiger Vertragsbestimmung folgendermassen aus: „Der Umstand, dass nach Art. 8 des cit. Vertrages Deutschland verpflichtet ist, den Sch. trotz des eingetretenen Verlustes der Staatsangehörigkeit im Falle der Ausweisung aus der Schweiz wieder aufzunehmen, ändert nichts daran, dass er nicht deutscher Staatsangehöriger, sondern Heimatloser ist.

Nicht weil er deutscher Angehöriger gewesen wäre, sondern trotzdem er die dortige Staatsangehörigkeit durch seine Entlassung verloren hatte, war das deutsche Reich der Schweiz gegenüber verpflichtet, ihn wieder aufzunehmen; durch die etwaige Abschiebung nach seinem früheren Heimatlande lebte denn auch sein dortiges Bürgerrecht keineswegs ohne weiteres wieder auf, sondern wäre er nur in die Lage gelangt, dasselbe unter Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen (durch Naturalisation) wieder zu erwerben (vgl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Bundesrath c. Tessin v. 7. Febr. 1891 Erw. 1). War also der Ehemann der Rekurrentin zur Zeit seiner Verehelichung heimatlos, so hat die Ehefrau, da sie durch den Eheabschluss ein anderes Bürgerrecht nicht erwerben konnte, ihr ursprüngliches schweizerisches Bürgerrecht, gemäss der konstanten bundesrechtlichen Praxis, nicht verloren, sondern ist fortwährend Schweizerbürgerin geblieben. Es ist denn übrigens auch wohl nicht zweifelhaft, dass mit Bezug auf die Ehefrau Sch. auch eine Pflicht des deutschen Reiches, dieselbe zu übernehmen, nicht besteht. Eine solche Pflicht der beiden Staaten ist staatsvertraglich lediglich in Betreff ihrer vormaligen Angehörigen stipulirt, welche ihr Bürgerrecht verloren haben, ohne die Angehörigkeit eines andern Staates zu erwerben; die Ehefrau Sch. aber war ja niemals Angehörige des deutschen Reiches. Es handelt sich somit im vorliegenden Falle nicht um die Scheidung einer Ehe zwischen Ausländern, sondern um die Scheidung einer zwischen einer Schweizerin und einem Nichtschweizer und zwar einem Nichtschweizer, der nicht Angehöriger eines fremden Staates, sondern Heimatloser ist, geschlossenen Ehe." (Entsch. v. 13. März 1891 i. S. Schneider.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

82. *Action en dommages-intérêts. Usurpation du nom d'un autre commerçant dans un but de spéculation commerciale. Art. 50 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 5 mai 1890 d. l. c. Crépel c. Wagnon.

Crépel a assigné Wagnon en paiement de 12,000 fr. à titre de dommages-intérêts, pour avoir mis en vente et vendu, sous le nom de poudre Sébastian, un remède contre le mildiou, qui n'était pas de la poudre Sébastian. Crépel invoquait à l'appui de sa demande le fait qu'il était seul dépositaire pour la Hte.-Savoie, la Savoie, l'Ain et la Suisse, de la poudre S., et il produisait deux factures de Wagnon constatant que celui-ci vendait, sous le nom de poudre S., du soufre sulfaté ne provenant ni de Crépel ni d'aucun de ses dépositaires. Wagnon prétend que le nom de poudre Sébastian est tombé dans le domaine public; qu'on désigne sous ce nom un mélange de soufre de sulfate de cuivre, et que lui, W., n'a fait usage d'aucune manœuvre déloyale pour faire croire à l'acheteur qu'il vendait de la poudre fabriquée par ou sous la surveillance de Sébastian. Le tribunal de commerce a condamné Wagnon à payer à Crépel la somme de 100 fr. à titre de dommages-intérêts et la Cour de Justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: Attendu qu'il est sans importance que la marque de la poudre Sébastian n'ait pas été déposée au Bureau fédéral des marques de fabriques et de commerce;

Que le fait qui est reproché à W. n'est pas une usurpation de marque de fabrique, mais le fait d'avoir livré, sous le nom de poudre Sébastian, une poudre qu'il savait ne provenir ni de Sébastian, ni de ses représentants;

Attendu que Sébastian est seul propriétaire de son nom, et qu'aucune personne, sans son consentement, ne peut s'en servir dans un but de spéculation commerciale;

Attendu qu'il résulte des documents versés au procès que la poudre S. se distingue ou prétend se distinguer des autres compositions analogues et, notamment, du soufre sulfaté vendu par W., non pas par sa composition qui paraît, en effet, tombée dans le domaine public, mais par les procédés de fabrication plus perfectionnés imaginés par Sébastian

et employés par la maison Marty & Parazols, lesquels procédés donneraient aux substances dont se compose la poudre une plus grande efficacité;

Attendu que Sébastian a incontestablement le droit d'autoriser ces fabricants à se servir de son nom pour désigner la poudre qu'ils fabriquent, et à s'opposer à ce que Wagnon s'en serve pour désigner et vendre un produit fabriqué par lui ou par une autre maison que la maison Marty & Parazols;

Attendu qu'il est établi que Wagnon a livré à des acheteurs qui lui demandaient de la poudre Sébastian, du soufre sulfaté qui ne provenait ni de Sébastian ni de ses représentants;

Considérant que le fait de vendre, comme provenant d'un fabricant dont le produit est expressément demandé par l'acheteur, une marchandise qui n'en provient pas, constitue la concurrence déloyale;

Qu'en admettant que la substance vendue par Wagnon soit aussi bonne que la poudre Sébastian, il n'a pas moins causé par son fait un préjudice à l'intimé, en laissant croire aux acheteurs qu'ils pouvaient se procurer cette poudre chez lui, aussi bien que chez Crépel, et les a, par conséquent, détournés de s'adresser à ce dernier; que c'est donc avec raison que les premiers juges ont, en conformité de l'art. 50 C. O., condamné Wagnon à payer une certaine somme à titre de dommages-intérêts à l'intimé.

---

83. *Verjährung. „Kleinverkauf von Waaren" im Sinne von Art. 147 Ziffer 3 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 28. März 1891 i. S. Stelzer c. Furrer.

W. Stelzer verkaufte dem K. Furrer im Juni 1882 eine Weinpresse für fr. 425 und belangte ihn im October 1890 auf Bezahlung des Kaufpreises. Der Beklagte schützte Verjährung vor, weil es sich um eine Forderung aus Kleinverkauf von Waaren handle, die in 5 Jahren verjähre, Art. 147 Ziff. 3 O. R. Die erste Instanz trat dieser Auffassung bei, die zweite verwarf die Einrede.

Motive: Die erste Instanz scheint der Ansicht zu sein, dass alle Forderungen aus Kauf, wenn es sich nicht um einen Engros-Kauf im kaufmännisch-technischen Sinne handle, unter die Bestimmung von Art. 147 Ziff. 3 O. R. (Kleinverkauf von Waaren) fallen und demgemäss in 5 Jahren ver-

jähren. Diese Ansicht ist unrichtig. Unter dem Ausdruck: „Forderungen aus Kleinverkauf von Waaren“ sind bloss Forderungen solcher Personen verstanden, welche den betreffenden Artikel gewerbsmässig im Detail verkaufen. Dies ergiebt sich mit voller Klarheit aus dem französischen Text: les actions des marchands en détail pour leurs fournitures. Es sind also keineswegs alle Käufe, welche nicht unter den Begriff „Grosshandel“ fallen, unter den Begriff „Kleinverkauf“ im Sinne von Art. 147 Ziff. 3 zu subsumieren. Vielmehr giebt es neben diesen beiden Arten von Käufen noch eine dritte Kategorie, unter welche alle Käufe fallen, bei denen der Verkäufer mit dem betreffenden Artikel weder en gros noch en détail gewerbsmässig Handel treibt. Alle Forderungen aus derartigen Käufen unterliegen ebenfalls der zehnjährigen Verjährung.

---

84. *Kauf. Gewährleistung wegen Mängel der Waare. Art. 243 O. R.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 16. December 1890.

Ein Geschäft, das mit Geräthen und Werkzeugen für Bauarbeiter Handel treibt, verkaufte einem Zimmermeister sog. „Stahlgerüsthalter, System Grossmann, Patent Nr. 4“. Der Käufer verwendete dieselben an einem Gerüst ihrem Zwecke gemäss anstatt der sonst gebrauchten eisernen Klammern zur Verbindung der wagrechten Streichstangen mit den senkrechten Gerüststangen. Ein Theil des Gerüstes stürzte ein, und es zeigte sich, dass drei der Gerüsthalter gebrochen waren. Der Käufer stellte in Folge davon die Waare zur Verfügung, verweigerte die Zahlung des Kaufpreises und verlangte Schadenersatz, unter Berufung darauf, dass das System, nach welchem die Gerüsthalter gearbeitet seien, an sich fehlerhaft sei, Verkäufer aber schon gemäss Art. 243 O. R. auch ohne bezügliche Zusicherung für die Güte des Systems einzustehen habe. Verkäufer bestritt dies und hielt seine Verantwortlichkeit bloss im Falle ausdrücklicher Uebernahme der Garantie für die Güte des Systems für begründet. Diese Frage entschied die Appellationskammer zu Gunsten des Verkäufers.

Motive: Die erste Instanz hat den Käufer mit der Anfechtung des Systems ausgeschlossen, sofern derselbe nicht eine besondere Zusicherung des Verkäufers betreffend Güte des Systems nachweisen könne. Darin ist ihr beizustimmen

Denn es ist richtig, dass diese allgemeine Einrede nicht schon auf Art. 243 O. R. gegründet werden kann. Wohl haftet der Verkäufer dem Käufer nach dieser Gesetzesstelle für die zugesicherten Eigenschaften der Kaufsache und dafür, dass sie nicht solche Mängel habe, welche ihren Werth und ihre Tauglichkeit zu dem vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder erheblich mindern. Damit ist aber nicht gesagt, dass der Verkäufer ohne Weiteres auch für die Tauglichkeit des Systems, nach welchem die Waare verfertigt ist, zu haften habe. Dies wäre eine ungerechtfertigte Härte gegenüber dem Verkäufer, der in den meisten Fällen gar nicht die nöthigen Kenntnisse haben wird, um das System auf seine Güte prüfen zu können. Vielmehr muss der Käufer wissen, ob dieses oder jenes System für den Zweck, den er mit dem Gebrauch der Waare verfolgt, passend sei oder nicht. Dagegen haftet selbstverständlich der Verkäufer, wenn er die Garantie für die Güte des Systems ausdrücklich übernimmt.

---

85. *Bail à loyer. Le preneur n'est pas tenu d'user nécessairement des lieux loués. Art. 283 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 17 mars 1891 d. l. c. Golaz c. Capt.

E. Capt était locataire de D. Golaz d'un magasin avec appartement sis à Orbe. Il exerçait, dans son magasin, le métier de coiffeur et il y vendait les marchandises concernant sa profession. En juillet 1889, Golaz résilia le bail pour le 1er février 1890 et Capt loua ailleurs un magasin et un appartement. A dater du 25 novembre 1889, Capt commença à transporter ses marchandises et meubles meublants dans les locaux nouvellement loués par lui. Dès le 19 décembre, les locaux loués par Golaz à Capt étaient vides, malgré diverses protestations faites par G. contre ce mode de procéder. Le magasin loué par G. à C. jouissait d'une bonne clientèle avant et pendant le bail conclu avec ce dernier. Dès février 1890, époque à laquelle il fut repris par un autre locataire, le dit magasin a beaucoup décliné et la clientèle s'en est éloignée. D'autre part, l'appartement est resté vacant jusqu'au 11 novembre 1890. Golaz a actionné Capt en paiement de 210 fr. à titre de dommages-intérêts, et le président du Tribunal lui a accordé 75 fr. Les motifs du jugement érigent en faute le fait du preneur d'avoir transporté son atelier, ses marchandises et son mobilier dans un nouveau local avant l'expiration du bail, et lui reprochent de

n'avoir pas usé de la chose en bon père de famille et d'avoir agi avec intention de nuire au bailleur. Capt a recouru contre cette sentence, estimant n'être point obligé d'user des lieux loués, s'il ne lui convient plus de le faire. Le Tribunal cantonal a admis le recours et adjugé à Capt ses conclusions libératoires.

Motifs: Considérant qu'à teneur de l'art. 283 C. O., le preneur est tenu d'user de la chose louée en bon père de famille, qu'il s'interdit de l'employer à un usage autre que celui pour lequel elle lui a été louée et de lui causer par abus manifeste un dommage durable.

Que ces prescriptions légales ne paraissent point s'étendre jusqu'à ce point d'obliger le preneur à user nécessairement des lieux loués lorsqu'il entre dans ses convenances et dans ses intérêts de cesser cet usage.

Que si un immeuble ou une partie d'immeuble tire sa valeur locative de la manière dont il est aménagé par le propriétaire, s'il ne peut être employé qu'à une certaine industrie et s'il voit disparaître sa valeur locative en n'étant pas utilisé, cas dans lesquels se justifierait, selon les circonstances de fait, une réclamation de dommages-intérêts de la part du propriétaire contre son locataire, il n'en est toutefois pas ainsi dans l'espèce.

Qu'en effet, le magasin loué par Golaz à Capt peut servir à tout autre emploi que celui auquel Capt l'avait luimême utilisé.

Que, dès lors, Capt ne portait aucun préjudice à la chose louée en cessant de s'en servir.

Que si les intérêts de D. Golaz ont pu être mis en souffrance par le chômage des locaux ou par le départ de la clientèle qui a suivi le locataire dans son nouveau magasin. Capt n'avait aucune obligation de s'employer à protéger les dits intérêts, puisqu'il était dans son droit en cherchant, comme il l'a fait, à conserver une clientèle qui est incontestablement due à ses qualités professionnelles et qui est sans relation avec l'immeuble loué.

Que d'ailleurs l'affirmation du jugement consistant à dire que Capt avait agi dans l'intention de nuire au demandeur ne se justifie ni en fait, ni en droit, le preneur ayant la faculté d'user ou de ne pas user de la chose louée, ainsi qu'il vient d'être dit, et le défaut d'usage n'étant pas, en l'espèce, un acte d'omission productif de dommages matériels pour la chose elle-même.

---

86. *Bürgschaft. Analoge Anwendung des Art. 508 O. R. auf das Verhältniss unter Mitbürgen.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 2. Mai 1891 i. S. Hemmer c. Bucher.

E. Bucher und Witwe W. leisteten für Steiner-Bucher Bürgschaft bei der thurgauischen Cantonalbank für ein Darlehn von 7000 Fr. Später verpflichtete sich Hemmer als Rückbürge zu Gunsten der Witwe W. und Bucher und Hemmer erhoben dann gemeinsam gegen Steiner Betreibung. Hemmer verlangte Schatzungsrechte für den Betrag von Fr. 8581. 75, worin die Bürgschaftsschuld von 7000 Fr. inbegriffen war. Er schloss in der Folge mit Steiner eine Vereinbarung, wonach er ihm die geschätzten Gegenstände um Fr. 6500 abkaufte unter Verrechnung dieses Kaufpreises mit der Forderung und ihm dieselben Gegenstände miethweise überliess. Steiner benutzte das zur Verpfändung der gleichen Objecte an andere Gläubiger, gerieth dann in Concurs, und Hemmer stand von einem Anfangs erhobenen Vindicationsanspruche in der Folge selbst ab. Als Rückbürge der Witwe W. bezahlte er der Cantonalbank ihre Forderung von 7000 Fr. mit Zinsen und belangte nun den Bucher auf Bezahlung der Hälfte dieser Summe. Der Beklagte wandte unter Anderm ein, Hemmer habe schuldhafter und eigenmächtiger Weise die ursprüngliche genügende Deckung Preis gegeben. Diese Einrede wurde begründet erfunden. Das Obergericht sagt darüber:

In rechtlicher Hinsicht findet das Obergericht in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz, es sei in analoger Anwendung von Art. 508 O. R. der Mitbürge in gleicher Weise wie der Gläubiger dem andern Mitbürgen dafür verantwortlich, dass er nicht zum Nachtheile des letzteren die vom Hauptschuldner seit Eingehung der Bürgschaft erlangten Sicherheiten vermindere oder ganz preisgebe. Der Bürge, welcher vom Gläubiger direct, und derjenige, welcher von einem Mitbürgen mit der Regressklage belangt wird, haben das gleiche Interesse daran, dass sie für die zu leistende Zahlung in den Sicherheiten, welche der Gläubiger, bezw. der regressberechtigte Mitbürge vom Hauptschuldner erlangt haben, Deckung finden, und es wäre geradezu ein Widerspruch mit der dem Art. 508 O. R. zu Grunde liegenden Absicht des Gesetzes, den Bürgen gegen fahrlässiges Aufgeben von Sicherheiten zu schützen, wenn nur der Gläubiger zur Wahrung der Sicherheiten verpflichtet wäre, ein regressberechtigter Mitbürge dagegen, der den Gläubiger

befriedigt hat, und der dadurch selber gegenüber seinem regresspflichtigen Mitbürgen an die Stelle des Gläubigers getreten ist, nicht auch in der gleichen Weise wie letzterer selbst für die Erhaltung der Sicherheiten, welche ihm vom Gläubiger cedirt wurden, oder welche er vom Hauptschuldner direct erlangte, verantwortlich sein sollte.

---

87. *Musikalisches Urheberrecht. Schutz auswärtiger Componisten. Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Frankreich v. 23. Febr. 1882, Art. 1, 4, 20, 21. Berner Convention v. 9. Sept. 1886, Art. 2.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichtspräsidenten v. 16. April 1891 i. S. Société des auteurs et compositeurs à Paris c. Türke.

Die Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris klagte gegen O. Türke Fr. 50 Schadenersatz ein, weil dieser in der letzten Zeit wiederholt in seinem Biergarten zum Platanenhof zu Basel in öffentlichen durch die Tagesblätter angekündigten Concerten Musikstücke habe spielen lassen, welche in Frankreich und somit nach Art. 20 des schweizerisch-französischen Staatsvertrags v. 23. Febr. 1882 auch in der Schweiz gegen unbefugte Aufführung geschützt seien, ohne dass er von der Klägerin, deren Mitglieder die Componisten dieser Werke seien, das Aufführungsrecht erworben habe. Als solche geschützte Compositionen, welche nachweislich von deutschen Regimentsmusiken beim Beklagten in den Jahren 1890/91 gegen Eintrittsgeld gespielt worden waren, führt Klägerin auf: 1. je einmal gespielt Fantasie aus Verdis Aida, Ouvertüre zu Rossinis diebischer Elster, Fantasie aus Verdis Traviata, Marsch aus Bizets Carmen, Ouvertüre zu Verdis Nebucadnezar, Frühlingslied von Gounod, Introduction und Chor aus Wagners Lohengrin, Chor und Gebet aus Meyerbeers Dinorah, Scene und Arie aus Verdis Trovatore, Pilgerchor aus Wagners Tannhäuser, Ouvertüre zu Flotows Stradella, Galopp von Faust; 2. je zweimal gespielt Ouvertüre zu Aubers Stumme von Portici, Steuermannslied und Matrosenchor aus Wagners fliegendem Holländer, Fantasie aus Bizets Carmen, Entr'acte und Lied aus Gounods Faust, zwei Characterstücke Eilenbergs, die Ouvertüren zu Wagners Rienzi und Rossinis Tell. Klägerin legte gemäss Art. 18 des erwähnten Vertrags die Bescheinigung des französischen Ministère de l'Intérieur ein, dass folgende Werke in Frankreich den Schutz gegen unerlaubte Nachbildung geniessen: Gounods Faust,

deponiert 21. März 1860, desselben Frühlingslied, dep. 22. Jan. 1868, Bizets Carmen, dep. 18. März 1875, Aubers Stumme, dep. 26. Juli 1880, Flotows Stradella, dep. 27. Aug. 1866; für die übrigen Werke behielt sie sich im Bestreitungsfalle Vorlage ähnlicher Bescheinigungen vor. Sie wies ferner nach, dass nach Art. 4 ihrer Statuten ihr Zweck sei Schutz der Componisten gegen les entrepreneurs d'établissements publics qui exécutent leurs oeuvres musicales, tels que théatres, concerts, café-chantants, et tous autres établissements exploitant des productions, und dass sie laut Statuten Art. 16 von jedem Gesellschaftsmitgliede zu den hiefür nöthigen Processen bevollmächtigt sei. Der Bekl. gab zu, dass die genannten Stücke bei ihm gespielt worden seien, und erkannte die Klaglegitimation der Klägerin an; dagegen bestritt er seine Haftbarkeit, da die betreffenden Orchester auf eigene Kosten und eigenes Risiko bei ihm gespielt und das Eintrittsgeld selbst eincassiert hätten, daher sie zu belangen seien. — Das Urtheil lautete auf Abweisung der Klägerin.

Motive: I. Die rechtliche Prüfung der an sich nicht unzweifelhaften Activlegitimation der Klägerin ist dadurch ausgeschlossen, dass Beklagter sie vorbehaltlos anerkannt hat.

II. Die Uebereinkunft der Schweiz mit Frankreich zum gegenseitigen Schutze des litterarischen und künstlerischen Eigenthums v. 23. Febr. 1882 differiert von der vorher bestandenen von 1864 in der Behandlung des Aufführungsrechtes. Art. 4 und 21 der Uebereinkunft von 1864 gewährten den Urhebern von „oeuvres musicales publiées ou exécutées pour la première fois en France" in der Schweiz bezüglich deren Aufführung den nämlichen Schutz, welchen die schweizerischen Gesetze den schweizerischen Componisten gewähren oder in Zukunft gewähren werden. Damals war dieser Artikel für die Schweiz unerheblich, weil sie in der internen Gesetzgebung mit Ausnahme Genfs diesen Schutz nicht kannte. Deshalb ist diese Bestimmung im Vertrag von 1882 geändert, dessen Art. 20 jenen Componisten in der Schweiz denselben Schutz verleiht, welchen die Gesetze in Frankreich den schweizerischen Componisten für die Aufführung ihrer Werke gewähren oder in Zukunft gewähren werden. Welche diese Rechte sind, sagen Art. 1 und 4. Nach ihnen geniessen die in der Schweiz zum ersten Mal veröffentlichten oder aufgeführten Werke bezüglich der Aufführung dieselben Rechte, welchen die Autoren von zum ersten Mal in Frankreich veröffentlichten oder aufgeführten Werken daselbst geniessen. Darnach hat also der schweizerische Richter auf die in der Schweiz erfolgte

unbefugte Aufführung von erstmals in Frankreich veröffentlichten oder aufgeführten Compositionen französisches Recht anzuwenden.

Die internationale Berner Convention zum Schutz von Werken der Litteratur und Kunst vom 9. Sept. 1886 berührt laut Zusatzprotokoll in keiner Weise die fortdauernde Geltung der schon bestehenden Abkommen zwischen den vertragschliessenden Ländern, soweit als solche den Urhebern oder ihren Rechtsnachfolgern weitergehende Rechte einräumen als die Convention oder sonst der letztern nicht zuwiderlaufen. Es fragt sich, ob demnach der cit. Art. 20 durch die internationale Convention aufgehoben ist. Laut Art. 2 derselben geniessen die einem der Verbandsländer angehörigen Urheber oder ihre Rechtsnachfolger in den übrigen Ländern für ihre Werke, falls diese in ihrem Ursprungslande geschützt sind, diejenigen Rechte, welche die betreffenden Gesetze den inländischen Urhebern einräumen oder einräumen werden. Laut Art. 9 greift für die öffentliche Aufführung von musikalischen Werken dieser Schutz nur Platz, wenn deren Urheber auf dem Titelblatt oder an der Spitze des Werkes ausdrücklich die öffentliche Aufführung untersagt hat. Diese Einschränkung kennt der schweizerisch-französische Vertrag nicht, und ausserdem schützt das französische Recht die Autoren weit intensiver als das schweizerische Bundesgesetz. Da demnach Art. 20 cit. den Autoren weitergehende Rechte einräumt als die internationale Convention, so besteht er neben ihr in Kraft (b.-ger. Entsch. Revue der Gerichtspraxis IX Nr. 44, und Urtheile kantonaler Gerichte bei Meili, schweiz. Gerichtspraxis über das litterar. u. s. w. Eigenthum, Nr. 3 ff.).

III. Die Tragweite des Art. 20 cit. betreffend, so werden 1. durch ihn geschützt alle Autoren von oeuvres musicales publiées ou exécutées pour la première fois en France. Nicht die Nationalität des Autors entscheidet, wie nach der Berner Convention, sondern entsprechend der internen französischen Gesetzgebung die Thatsache, dass sein Werk zuerst in Frankreich durch Druck oder Aufführung in die Aussenwelt getreten ist, gleichgiltig welchem Staatsverbande sein Autor angehört und wo er domiciliert ist (Pouillet, traité de la propriété littéraire, Paris 1879, Nr. 750). Den von Orelli (Zeitschr. f. schweiz. Recht N. F. IX 603) und Schneider (Schutz des musikalischen Kunstwerkes in der Schweiz, S. 16) eingenommenen Standpunkt, dass nur die in Frankreich domicilierten Componisten den Schutz des Art. 20 genössen, nimmt der Vertrag so wenig ein als das interne französische Recht,

und Art. 2 der Berner Convention hat auch in dieser Beziehung dem Art. 20 nicht derogiert. Es lässt sich ja allerdings im Allgemeinen sagen, Staatsverträge werden nur für die ressortissants des pays contractants, die Bürger ev. Einwohner der Vertragsstaaten, abgeschlossen, aber in concreto ist eben objectiv auf die Thatsache eines in Frankreich vollzogenen Faktums abgestellt, und dieses produciert unabhängig von Nationalität und Domicil des Autors Rechtswirkungen.

2. Bei der Frage der propriété littéraire werden im Vertrage wie in der internen französischen Gesetzgebung unterschieden und verschieden behandelt das ausschliessliche Recht zur graphischen Vervielfältigung und das ausschliessliche Recht zur öffentlichen Aufführung. Hier steht nur letzteres in Frage. Um den Schutz des französischen Rechts gegen unbefugte öffentliche Aufführung in Frankreich wie in der Schweiz zu erlangen, muss die betreffende Composition auf eine der beiden Arten, im Druck oder in öffentlicher Aufführung, zuerst in Frankreich publiciert worden sein. Ist dagegen die erste Veröffentlichung (im Druck oder durch Aufführung) im Ausland erfolgt, so fällt das Werk bezüglich des Aufführungsrechtes in Frankreich sofort „dans le domaine public“, es kann dort ohne Weiteres aufgeführt werden (Pouillet, l. c. Nr. 854 s.). Die Beweislast gestaltet sich nun so, dass Kläger nachweist, das betr. Werk sei überhaupt in Frankreich zu der und der Zeit vor die Oeffentlichkeit getreten (ob der Nachweis des Thatbestandes von Art. 18 schlechtweg genügt, ist fraglich, da er nur auf Art. 1, nicht auf Art. 4 Bezug nimmt); dem Bekl. liegt dann ob, zu seiner Entlastung darzuthun, dass es anderswo früher als in Frankreich zum ersten Male veröffentlicht worden sei. Jenen Beweis hat Klägerin nur für fünf Compositionen erbracht, für den Rest hat sie sich darauf berufen, ihre Autoren seien Mitglieder der kläg. Gesellschaft. Der Bekl. ist überhaupt auf die Rechtsfrage nicht eingetreten. Prüft man aber die Compositionen, wegen deren Aufführung Klage erhoben wird, an diesem Massstab des Orts der ersten Publicationen, so ergiebt sich (Riemann, Musiklexikon, Aufl. 3): a.) in Frankreich wurden zuerst aufgeführt Bizet Carmen 1875, Meyerbeer Dinorah Paris 1859, Gounod Faust théâtre lyrique Paris 1859, Auber Stumme von Portici 1828, Rossini Tell grosse Oper Paris 1829. b. Im Ausland wurden zuerst aufgeführt Verdi Aida Cairo 1871, erst 1876 Paris, Rossini diebische Elster Scala Mailand 1817, Verdi Traviata Venedig 1853, Verdi Nebucadnezar Scala Mailand 1842, erst 1845 Paris, Wagner Lohengrin Weimar 28. Aug. 1850, Verdi Tro-

vatore Apollotheater Rom 1853, Wagner Tannhäuser Dresden 1845, erst 1861 Paris, Flotow Stradella Hamburg 1844, Wagner fliegender Holländer Dresden 1843, Wagner Rienzi Dresden 1842. Was die erste Veröffentlichung im Druck betrifft, so sind Verdis Opern bei Ricordi in Mailand zuerst erschienen, die Wagners und Flotows Stradella in Deutschland; jedenfalls nicht französischen Ursprungs sind die Stücke Eilenbergs und Fausts. Die erwähnte Voraussetzung des Art. 20 trifft also nur auf die unter a citierten Stücke zu, wozu noch Gounod Frühlingslied (22. Jan. 1868 in Paris deponiert) kommt.

3. Wie man sich zu der sub 4 zu behandelnden Frage stellen mag, so sind jedenfalls einige dieser 6 Stücke nicht geschützt; für die Dauer des Schutzes dieser Werke in der Schweiz ist Art. 21 des Vertrages massgebend. Denn die Ansicht,[1] als ob derselbe durch Art. 2 der Berner Convention vom 9. Sept. 1886 aufgehoben sei und der Schutz des Art. 20 nun während der längeren Frist, welche die Convention im Bundesgesetz eröffnet (Lebenszeit und nachher 30 Jahre), zur Verfügung stünde, ist unhaltbar. Jene weitgehenden Rechte des Art. 20 sind nur während der beschränkten Zeitdauer des Art. 21 gewährleistet, beide Artikel sind unzertrennlich; für die Dauer nimmt Art. 21 auch nicht auf Art. 1 Bezug. Ist somit Art. 21 noch in Kraft, so geniesst der Autor jener Werke den Schutz des französischen Rechts in der Schweiz lebenslänglich; jedenfalls aber dauert der Schutz 30 Jahre von der ersten Veröffentlichung seines Werkes an. Es fallen daher jedenfalls für 1890/91 drei von den sechs oben aufgeführten Werken weg, das Aufführungsrecht derselben ist in der Schweiz domaine public: Meyerbeer († 1864) Dinorah zuerst aufgeführt 1859, Auber († 1871) Stumme 1828 zuerst aufgeführt, Rossini († 1868) Tell 1829 zuerst aufgeführt.

4. Die 3 übrig bleibenden Werke Carmen von Bizet, Frühlingslied und Faust von Gounod sind vor dem 16. Mai 1882, dem Datum des Inkrafttretens des Vertrags mit Frankreich, daselbst zuerst publiciert worden. Es fragt sich nun: geniessen nur die nach Inkrafttreten des Vertrags oder auch die vorher schon zum ersten Mal in Frankreich veröffentlichten oder aufgeführten Werke den Schutz des französischen Rechtes bezüglich ihrer Aufführung in der Schweiz?

---

[1]) Die auch von Wolf in seiner Ausg. der schweizer. Bundesgesetzgebung II S. 523 Anm. 1 zu Art. 21 vertreten wird. Die Red.

Letzteres haben die oben citierten Urtheile schweizerischer Gerichte, ohne die Frage nur aufzuwerfen und zu prüfen, als selbstverständlich angenommen (Verurtheilung wegen Frühlingslied und Faust von Gounod). Erstere Ansicht vertreten ohne nähere Motivierung v. Orelli und Schneider l. cit. Aus dem Texte des Vertrags lässt sich ein zwingender Schluss nicht ziehen, die deutsche und die französische Fassung decken sich nicht völlig: „les oeuvres publiées et exécutées jouiront“ kann rein sprachlich betrachtet heissen: „die welche bereits veröffentlicht sind“, wie: „die welche veröffentlicht werden“. Der deutsche Text hinwiederum sagt: „welche veröffentlicht werden, geniessen“, und nicht: „welche werden veröffentlicht werden“. Auch diese Fassung ist nicht deutlich, sprachlich schliesst sie jene weitergehende Interpretation nicht absolut aus, wenn sie schon nur mit etwelchem Zwang auf die Vergangenheit erstreckt werden kann. Während die Berner Convention und das Bundesgesetz ausdrückliche Bestimmungen darüber enthalten, inwiefern sie Werke, die vor ihrem Inkrafttreten erschienen sind, ergreifen, fehlen solche Bestimmungen in unserem Vertrage. Bei diesem Mangel wird man nun, wenn sonst kein zwingender Gegengrund vorliegt, als feststehenden Rechtsgrundsatz annehmen müssen, dass sich die rechtlichen Wirkungen von Thatsachen, welche vor das Inkrafttreten eines Gesetzes fallen, nicht nach diesem, sondern nach dem früheren Rechte bestimmen. Darnach würde sich Art. 20 nur auf solche Werke beziehen, welche nach Inkrafttreten des Vertrags von 1882 zum ersten Male in Frankreich veröffentlicht werden. Man kann daraus, dass ein verdeutlichender Zusatz wie „à l'avenir“ fehlt, offenbar kein argumentum e contrario entnehmen. Die Betrachtung der von der Schweiz abgeschlossenen Litterarverträge führt zu demselben Schlusse. Die Botschaften des Bundesraths sprechen sich zwar über die Tragweite dieser Bestimmungen nicht aus, merkwürdig ist aber, dass der Vertrag mit Frankreich von 1864 in Art. 4 deutlich präcisierte: in Frankreich geniessen denselben Schutz wie die zuerst in Frankreich publicierten Werke „les oeuvres musicales publiées ou exécutées pour la première fois en Suisse *après la mise en vigueur de la présente convention.*“ Art. 21 sagt: in der Schweiz geniessen den Rechtsschutz die Autoren d'oeuvres musicales publiées ou exécutées pour la première fois en Suisse. Ganz ebenso die Verträge zwischen der Schweiz und Belgien v. 25. April 1867 Art. 4, 16, zwischen der Schweiz und Italien v. 22. Juli 1868 Art. 4,

16, zwischen der Schweiz und dem norddeutschen Bund v. 13. Mai 1867 Art. 4, 17. Das Fehlen jener ausdrücklichen Restriktion in der auf den Rechtsschutz in der Schweiz bezüglichen Bestimmung kann da offenbar nicht den Sinn haben, dass die Tragweite der letzteren eine umfangreichere sei. Es wäre gar nicht abzusehen, warum die Schweiz den Autoren des andern Vertragsstaates derartige Vergünstigungen einräumen und sich mit einem Minus begnügen sollte. Vielmehr muss die deutlichere Bestimmung hier zur Interpretation der undeutlicheren verwendet werden; wenn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen diese präcisere Fassung an sich die richtige ist, so müsste Art. 21 eine ausdrücklich weitere haben. Ist somit Art. 21 des Vertrags von 1864 aus Art. 4 zu erklären, so ist nicht abzusehen, wieso Art. 4 und 20 des Vertrags von 1882 einen weiter gehenden Sinn haben sollten. Die allgemeinen Rechtsregeln sprechen nicht dafür und es ergiebt sich auch sonst nichts was irgendwie schliessen liesse, dass beim Vertragsschlusse dieser weiter gehende Sinn sei ins Auge gefasst worden. Für jene drei Stücke kann also der Schutz des Art. 20 nicht beansprucht werden. Unter dem Vertrage von 1864 waren sie schutzlos, weil die Schweiz (Genf ausgenommen) den eigenen Autoren den Aufführungsschutz nicht gewährte; vom Bundesgesetze von 1883 können sie nicht mehr beneficieren, da jener Vertrag von 1864 im Jahr 1882 aufgehoben und ersetzt wurde; ihre Aufführung durch den Bekl. würde übrigens auch wenn Berufung auf das Bundesgesetz statthaft wäre, doch keinen Ersatzanspruch begründen (s. sub IV).

IV. Der Vertrag mit Italien vom 22. Juli 1868 giebt in Art. 16 den oeuvres musicales publiées ou exécutées pour la première fois en Italie in der Schweiz bezüglich der exécution den Rechtsschutz, welchen die schweizerischen Gesetze den schweizerischen Autoren gewähren oder künftig gewähren werden. Dieser Artikel gewährt offenbar den genannten Autoren weitergehende Rechte als Art. 9 der Berner Convention, denn diese schützt gegen öffentliche Aufführung von rein musikalischen Werken nur bei ausdrücklicher Untersagung der öffentlichen Aufführung auf diesen Werken, während Art. 7 des Bundesges. das getrennte Aufführungsrecht allgemein anerkennt. Nun bestimmt Art. 12 B.-Ges.: „wer vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit Werke der Kunst unerlaubt aufführt, hat den Urheber oder dessen Rechtsnachfolger auf deren Klage hin zu entschädigen. Wer ohne ein solches Verschulden eine unzulässige Aufführ-

rung veranstaltet, kann nur auf ... Herausgabe der Bereicherung belangt werden.“ Art. 19 sagt: „Das gegenwärtige Gesetz findet auf alle vor dem Inkrafttreten desselben erschienenen musikalischen Compositionen Anwendung.“ Von diesen Bestimmungen beneficieren die Autoren, deren Werke zuerst in Italien veröffentlicht worden sind. In concreto fehlt aber offenbar schon aus dem Grunde die Basis für einen Schadenersatzanspruch dem Beklagten gegenüber, da ihm, der Wirth und in musikalischen Dingen ein Laie ist, ein dolus oder eine grobe Fahrlässigkeit nicht zur Last fällt; dass er aber bereichert ist, und ev. wie weit, hat Klägerinn nicht erwiesen. Es braucht dabei nicht untersucht zu werden, ob die allegierten Werke Verdis und Rossinis in der Schweiz geschützt sind.

V. Art. 17 der Uebereinkunft zwischen der Schweiz und dem norddeutschen Bunde zum gegenseitigen Schutze der Rechte an litterarischen Erzeugnissen und Werken der Kunst vom 13. Mai 1867 bestimmt: „Die Verfasser von musikalischen Werken, welche im Gebiete des norddeutschen Bundes zum ersten Male veröffentlicht oder aufgeführt werden, geniessen in der Schweiz in Bezug auf die ... Aufführung ihrer Werke den nämlichen Schutz, welcher in letzterem Lande den Verfassern oder Tonsetzern der am meisten begünstigten Nation bezüglich der Aufführung ihrer Werke gewährt ist oder künftig gewährt werden wird.“ Am 23. Mai 1881 hat die Schweiz mit dem deutschen Reiche die Uebereinkunft (in Kraft getreten 1. Juli 1881) abgeschlossen, dass jener Vertrag für das Gebiet des deutschen Reiches und der Schweiz massgebend sein solle. Dieser Vertrag besteht zur Zeit noch in Kraft. Zufolge der Meistbegünstigungsclausel können die betr. Autoren den durch Art. 20 des schweizerisch-französischen Vertrags gewährten Rechtsschutz beanspruchen. Wendet man denselben nach Massgabe des sub III 2 Ausgeführten an, so fallen schon aus den sub III 3 erörterten Gründen die erwähnten Aufführungen aus Wagners Opern (sämmtlich 1842—1850 zuerst in Dresden resp. Weimar aufgeführt) weg, ebenso Flotows Stradella. Beide Componisten sind todt; übrigens können ja nach III 4 nur die nach dem 16. Mai 1882 zum ersten Mal in Deutschland veröffentlichten oder aufgeführten Werke vom Art. 20 des französischen Vertrags beneficieren. — Für Provenienz und Alter der Stücke Eilenbergs und Fausts ist ein Nachweis nicht geleistet worden.

VI. Aus der Berner Convention stehen den Klägern keine

Rechte zu, sei es schon gemäss Art. 9 al. 3 sei es gemäss Art. 12 B.-Ges.

Klägerinn hat somit keinen Schadenersatzanspruch.

---

88. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Bedingungen der Nachklage. B.-Ges. v. 25. Juni 1881 Art. 8.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 31. März 1891 i. S. Heusser c. Braschler.

Die vierzehnjährige Sophie Heusser verunglückte am 5. September 1887 in der Baumwollspinnerei der Gebr. Braschler in Wetzikon. Das Gericht sprach ihr 1000 Fr. Entschädigung für theilweise Arbeitsunfähigkeit während der ersten drei Jahre seit dem Unfall zu und behielt ihr, da laut ärztlichem Gutachten der Zeitpunkt einer möglichen Wiederherstellung nicht festgestellt werden konnte, das Recht der Nachklage für den Fall einer Verschlimmerung des Zustandes vor. Das Urtheil führt aus, dass dieses Recht in dem Sinne vorbehalten sei, dass wenn in drei Jahren nicht gänzliche Besserung eingetreten sei, dann eben eine wesentliche Verschlimmerung des Gesundheitszustandes in zeitlicher Hinsicht vorliege. Nach Ablauf dieser drei Jahre klagte die Heusser noch 3000 Fr. ein. Das Bezirksgericht legte dem Experten die Frage vor, ob sich der Gesundheitszustand verschlimmert habe, und als der Experte gegentheils eine etwelche Besserung constatierte, wies es die Klage ab. Die zweite Instanz ordnete eine Ergänzung der Expertise an, und sprach der Klägerin dann noch weitere Fr. 500 zu.

Motive: Die erste Instanz ist bei der Abweisung der Klage offenbar von einer unrichtigen Auffassung sowohl des Art. 8 des B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb als auch des obergerichtlichen Urtheils von 1889 ausgegangen. Der Vorbehalt, den Art. 8 dem Richter für den Fall einer wesentlichen Verschlimmerung des Gesundheitszustandes des Verletzten zu dessen Gunsten zu machen gestattet, bezieht sich nicht nur auf die Fälle, bei denen die Folgen des Unfalls in ihrer Intensität bedeutender sind als der Richter zur Zeit der Urtheilsfällung voraussehen konnte, sondern ebensogut auch auf diejenigen, bei denen diese Folgen länger dauern als ursprünglich angenommen wurde. Auch in letzterem Falle stellen sich die Folgen eben als bedeutendere dar als wie sie der Urtheilsfällung zu Grunde

gelegt wurden, selbst wenn wie im vorliegenden Falle die Krankheit später ihrer Intensität nach nicht so erheblich ist wie während der Zeit, für welche der Richter im ersten Urtheile die Entschädigung ausgemessen hat. Das ist auch der Standpunkt des früheren obergerichtlichen Urtheils.

Aus dem Ergänzungsgutachten ergiebt sich nun, dass der krankhafte Zustand der Klägerin auch über die drei Jahre hinaus fortgedauert hat, dass sich aber ein bestimmter Zeitraum, innerhalb welchen eine vollständige Heilung eingetreten sein wird, nicht angeben lässt und dass während des ganzen Lebens der Klägerin krankhafte Ueberreste zurückbleiben können.

Darnach ist die Nachklage principiell begründet....... Da aber auch jetzt der Experte über die muthmassliche Zeitdauer des Krankheitszustandes keine bestimmten Angaben zu machen vermag, so läge der Gedanke nahe, der Klägerin neuerdings eine Entschädigung nur für einen bestimmten Zeitraum zuzumessen und zu ihren Gunsten abermals einen Vorbehalt im Sinne des Art. 8 B.-Ges. zu machen. Allein abgesehen davon, dass die Zulässigkeit eines solchen wiederholten Vorbehaltes sehr fraglich ist, liegt es offenbar im Interesse beider Parteien, die Schadenersatzansprüche der Klägerin ein für allemal definitiv zu regeln.

(Mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer längeren Fortdauer des Krankheitszustandes, aber auch auf die Wahrscheinlichkeit einer fortschreitenden Zunahme der Besserung und damit der Arbeitsfähigkeit werden dann die 500 Fr. herausgerechnet.)

---

89. *Haftpflicht aus Gewerbebetrieb. Verantwortlichkeit des Unternehmers auch bei Uebertragung der Arbeiten an Andre. Art. 2 B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 31. Januar 1891.

Fuhrhalter H. Schneebeli hatte die Ausführung der Erdarbeit für Erstellung eines Gebäudes in Enge übernommen und die Arbeit seinerseits dem Accordanten Heinrich Meier übertragen. Ein von letzterem angestellter Arbeiter, Heinrich Werdmüller, erlitt bei der Arbeit einen Unfall, der ihn für einige Zeit arbeitsunfähig machte. Er belangte nun den

Schneebeli auf Zahlung einer Schadenersatzsumme von 270 Fr. Dieser wandte ein, Meier sei als Beklagter zu belangen, gemäss Art. 2 des B.-Ges. v. 26. April 1887, welcher lautet: „Haftbar ist in den Fällen von Art. 1, Ziffer 1 und 2 der Inhaber des betreffenden Gewerbes, bezw. bei Ziffer 2 lit. c und d der Unternehmer der betreffenden Arbeiten, auch dann, wenn er die Arbeiten einem Dritten zur Ausführung übertragen hat.“ Daraus ergebe sich, dass die Haftpflicht des Unternehmers auf den Fall des Unteraccords nur bei Unternehmungen im Sinne von lit. c und d der Ziffer 2 und nicht auch bei Unternehmungen im Sinne von lit. a und b angenommen sei. Das Bezirksgericht acceptierte diese Auffassung und nahm also an, das Gesetz erkläre den Unternehmer nur in den Fällen von lit. c und d bedingungslos haftbar, während in allen übrigen Fällen der Unteraccordant an seine Stelle trete. Die zweite Instanz verwarf diese Gesetzesauslegung und erklärte den Unternehmer in allen Fällen für haftbar.

Motive: Die Frage ist, ob der Nachsatz: „auch dann, wenn er die Arbeiten einem Dritten übertragen hat,“ sich blos auf den zweiten Theil des Hauptsatzes: „bezw. bei Ziffer 2 lit. c und d der Unternehmer der betreffenden Arbeiten“ beziehe, oder ob diese erweiterte Haftpflicht für alle unter Art. 1 Ziffer 1 und 2 fallenden Gewerbetreibenden und Unternehmer gelte. Es ist wohl denkbar, dass die Einschiebung der Worte „bezw. bei lit. c und d der Unternehmer der betreffenden Arbeiten“ weiter nichts bezweckt als eine Umschreibung des Wortes „Inhaber des betreffenden Gewerbes“, welcher Ausdruck auf die in Ziffer 2 lit. c und d bezeichneten Unternehmungen nicht recht passte. Diese Auslegung wird unterstützt durch die Entstehungsgeschichte des Art. 2 Ziffer 2. Im Entwurfe der nationalräthlichen Commission vom October 1886 (B.B. 1886, III S. 158) war nämlich ausdrücklich gesagt: „Haftbar ist in allen Fällen von Ziffer 1 und 2 der Unternehmer des betreffenden Gewerbebetriebes, auch dann wenn er die Arbeit einem Dritten übertragen hat.“ Anfänglich scheint diese ausgedehnte Haftung nur für die unter Ziffer 2 des Art. 1 genannten Gewerbe und Unternehmungen ausgesprochen gewesen zu sein; in der nationalräthlichen Commission wurde dann aber die Frage aufgeworfen, ob nicht auch bei Ziffer 1 (Gewerbe mit explodierbaren Stoffen) eine Haftung des Unternehmers für seine Unteraccordanten Platz zu greifen habe, und es wurde diese Frage bejaht, da der Grund dieser Ausdehnung der

Haftpflicht mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit des Gewerbes hier noch in vermehrtem Masse zutreffe (s. BB. 1886, III S. 149). Hieraus ergiebt sich, dass die Haftung des Unternehmers für die Unteraccordanten mit Bezug auf alle in Ziffer 2 des Art. 1 genannten Gewerbe und Unternehmungen als selbstverständlich angesehen wurde, und da man in der nationalräthlichen Commission dazu kam, diese unbedingte Haftung des Unternehmers auch auf die in Ziffer 1 genannten Gewerbe auszudehnen, so liegt kein Grund vor zu der Annahme, dass man jenen Grundsatz später wieder habe durchbrechen und auf die in Ziffer 2 lit. c und d bezeichneten Unternehmungen habe einschränken wollen. Die gegenwärtige Fassung des Art. 2, welche an Klarheit allerdings zu wünschen übrig lässt, erklärt sich hinreichend durch die redactionelle Erwägung, dass der Ausdruck „Unternehmer" nur bei Ziffer 2 lit. c und d passe, dass man also, da es sich bei Ziffer 1 und Ziffer 2 lit. a und b um ständige gewerbliche Etablissements handle, besser sage: „Haftbar ist der Inhaber des betreffenden Gewerbes," und zur Verdeutlichung hinzufüge: „bezw. bei Ziffer 2 lit. c und d der Unternehmer."

---

90. *Accident. Cas fortuit. Loi féd. du 25 juin 1881 Art. 2.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 17 mars 1890 d. l. c. Léonardo c. Tarpin.

Léonardo, ouvrier mécanicien, employé chez Tarpin, a été victime le 8 juin 1889 d'un accident, qui s'est produit dans les circonstances suivantes: Léonardo avait reçu l'ordre du contre-maître B. d'aller chercher sur la place des Volontaires une poulie en fer qui devait être travaillée au tour. En exécutant cet ordre, et au moment où il dressait cette poulie, il s'affaissa subitement et se mit à crier. Il fut transporté à l'hôpital, où il resta jusqu'au 4 juillet. Le 19 septembre, il rentre à l'hôpital jusqu'au 31 janvier 1890, époque où il en est sorti sans être encore en état de reprendre son travail. Des enquêtes et du rapport de l'expert il résulte que l'accident est le résultat d'une rupture musculaire dans le dos, provoquée par l'effort fait pour soulever la poulie. Léonardo a formé demande de 3000 fr. de dommages-intérêts; Tarpin oppose que la rupture musculaire dont L. a été la

stanten Praxis des Bundesgerichts (s. Entsch. i. S. Trafford c. Blanc, A. Samml. Bd. 8 S. 318 Erw. 3) nicht aus, dass das Bundesgericht insoweit kompetent ist, als über einzelne der Endentscheidung präjudizielle Rechtsfragen vom kantonalen Richter nach eidgenössischem Rechte entschieden worden ist oder zu entscheiden war. Insoweit ist eben der Rechtsstreit nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen und liegen daher die Voraussetzungen des Art. 29 Org. G. vor.

2. Die Frage, ob ein Vorrecht für die von den Liquidatoren kontrahirten Schulden in der Liquidation der Aktiengesellschaft überhaupt bestehe, ist eidgenössischen Rechtens. Denn das Rechtsverhältniss der Aktiengesellschaft in Liquidation wird durchaus durch das eidgenössische Obligationenrecht und gar nicht mehr durch das kantonale Recht beherrscht. Diese Frage ist aber zu verneinen.

Durch den Auflösungsbeschluss wird das Vermögen der Aktiengesellschaft nicht der Disposition der Organe der Aktiengesellschaft oder der Aktionäre entzogen und den Gläubigern zur Befriedigung überwiesen. Die Aktiengesellschaft dauert vielmehr, zu Zwecken der Liquidation, als „Liquidationsverein auf Aktien“ fort; die Liquidatoren sind, wie aus Art. 666 O. R. sich unzweideutig ergibt, in keiner Weise Vertreter der Gesellschaftsgläubiger, sondern die Vertreter und Mandatare der Aktiengesellschaft in Liquidation; sie bilden den „Vorstand der Aktiengesellschaft in Liquidation“, dessen Vollmacht nur eben mit Rücksicht auf den Eintritt der Gesellschaft in Liquidation beschränkt ist, wie ja denn auch gemäss Art. 666 O. R. in der Regel die Liquidation durch die Verwaltung, die bisherigen Gesellschaftsorgane, geschieht. Eine Rangordnung der Gläubiger in der Liquidation und demgemäss Vorrechte gewisser Gläubiger in derselben gibt es überall nicht. Es gelten vielmehr für Befriedigung und Sicherstellung der Gläubiger nach wie vor dem Liquidationsbeschlusse die gleichen Grundsätze. Die Liquidatoren besitzen in dieser Richtung lediglich die gleichen Rechte und Pflichten, wie die Verwaltung der Aktiengesellschaft vor dem Auflösungsbeschlusse. (Entsch. v. 5. Juni 1891 i. S. Huet u. Cons. c. Caisse des propriétaires.)

---

94. *B.-Gesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881. Ist mit Inkrafttreten dieses Gesetzes die Geschlechtsvormundschaft dahingefallen?*

Mit dem Inkrafttreten des oben erwähnten Bundesgesetzes

ist die Geschlechtsvormundschaft dahingefallen und erlangten die betreffenden Personen von selbst und ohne dass es einer vorgängigen behördlichen Aufhebung bedurft hätte, die volle Handlungsfähigkeit und Dispositionsfähigkeit über ihr Vermögen. Ihre Handlungsfähigkeit konnte nur durch Entmündigung, wenn im gesetzlichen Entmündigungsverfahren ein bundesrechtlich zulässiger Entmündigungsgrund gegen sie festgestellt wurde, wieder aufgehoben oder beschränkt werden. Eine Aufrechterhaltung und Fortsetzung der frühern Geschlechtsvormundschaft ist unzulässig und sind die betreffenden Personen daher jederzeit berechtigt, die Aufhebung der thatsächlich fortbestehenden vormundschaftlichen Verwaltung zu verlangen.[1]) (Entsch. v. 15. Mai 1891 i. S. Tresch.)

---

95. *Art. 17 O. R. Ist das nach Zeit und Ort beschränkte Versprechen, sich an einem analogen Geschäfte zu betheiligen, rechtswirksam?*

Die in einem Dienstmiethvertrage enthaltene Bestimmung, durch welche sich der Director einer Fabrique de poterie verpflichtet hat, nach Auflösung des Vertrages während 10 Jahren sich nicht an einem gleichartigen Geschäft in der Schweiz zu betheiligen, wurde gültig erklärt in Entsch. v. 8. Mai 1891 i. S. Swift c. Legrange & Cie.[2])

---

96. *Art. 72 O. R. Zuwendung in Erwartung einer nicht erfolgten Gegenleistung; nachträgliche vertragliche Vereinbarung über die Gegenleistung; schliesst dieselbe die Rückforderung der Zuwendung aus?*

Wird eine Zuwendung in Erwartung einer Gegenleistung gemacht, ohne dass ein gültiger zweiseitiger Vertrag zu Stande gekommen ist, auf Grund dessen der Empfänger in Anspruch genommen werden könnte, so findet, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung (condictio causa data causa non secuta) statt. Ist aber vor Anhebung der Bereicherungsklage ein gültiger Vertrag über die für die Zuwendung zu machende Gegenleistung abgeschlossen worden, so kann nicht mehr auf Rückgabe der Zuwendung resp. Herausgabe der Bereicherung,

---

[1]) S. Revue II Nr. 5.

[2]) Vgl. Kohler, in Archiv f. bürg. Recht Bd. V S. 208 ff. und die daselbst angeführte Literatur.

sondern nur noch mit der Vertragsklage auf die vertragliche Gegenleistung geklagt werden. (Entsch. v. 26. Juni 1891 i. S. Bruhin c. Bruhin.)

---

97. *Art. 82 u. 145 O. R. Wahlobligation. Unmöglichwerden der vom wahlberechtigten Schuldner gewählten Leistung. Kann der Gläubiger nun die andere Leistung fordern?*

Hat bei einer Wahlobligation der wahlberechtigte Schuldner die Wahl getroffen und wird die gewählte Leistung nachher ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich, so kann der Gläubiger nicht die andere Leistung fordern. (Entsch. v. 3. Juli i. S. Horandt c. Palatini.)

---

98. *Art. 84, 204, 232 u. 255 O. R. Haft des Verkäufers, welcher die Versendung der Waare beim Distanzkauf übernommen hat, für sorgfältige Erfüllung dieser Verpflichtung. Ersetzung fehlerhafter Stücke durch fehlerfreie bei mehreren zusammen verkauften Sachen oder einer verkauften Gesammtsache:*

1. Wenn beim Distanzkauf der Verkäufer die Versendung des Kaufgegenstandes an den Bestimmungsort übernommen hat, so haftet er für gehörige Erfüllung dieser Verpflichtung und ist für den Schaden verantwortlich, welchen der Kaufgegenstand auf dem Transporte in Folge mangelhafter Verpackung erleidet. Dem steht nicht entgegen, dass der Käufer die Gefahr der Sache und des Transportes trägt (Art. 84 und 204 O. R.).

2. Sind von mehreren zusammen verkauften Sachen oder von einer verkauften Gesammtsache bloss einzelne Stücke fehlerhaft und haben sich die Parteien dahin verständigt, dass diese Stücke durch fehlerlose ersetzt werden sollen, so ist der Käufer hieran gebunden und kann — sofern der Verkäufer die Ersetzung wirklich vornimmt — nicht mehr Wandlung des Kaufes verlangen. (Entsch. v. 8. Mai 1891 i. S. Henneberg c. Huguenin.)

---

99. *Art. 183 O. R. Können auch künftige Forderungen abgetreten werden?*

Auch künftige Forderungen, z. B. Forderungen auf Provision von erst abzuschliessenden Geschäften, können cedirt werden.[1]) (Entsch. v. 11. Juli 1891 i. S. Ris c. Wildi.)

---

[1]) Vgl. Kohler, Prozess als Rechtsverhältniss S. 85.

100. *Art. 215 O. R. Verpfändung von Forderungen. 1. Ist zur Gültigkeit eines Faustpfandvertrages auch die Unterschrift des Pfandnehmers erforderlich? 2. Einrede des Pfandnehmers, die Anzeige an den Schuldner der verpfändeten Forderung sei nicht erfolgt. 3. Kann eine verbriefte Forderung nur mittelst Uebergabe des Schuldscheins verpfändet werden?*

1. Zur Gültigkeit einer Faustpfandbestellung genügt die Unterschrift des Pfandgebers; diejenige des Pfandnehmers ist nicht erforderlich, da der Pfandgläubiger durch den Pfandvertrag ja keine Verpflichtung eingeht, sondern lediglich ein Recht erwirbt. 2. Der Pfandnehmer kann dem Schuldner nicht entgegenhalten, dass eine Anzeige der Verpfändung an den Schuldner der verpfändeten Forderung nicht stattgefunden habe; denn er hat sich diess, da es ja durchaus in seiner Stellung als Pfandnehmer lag, diese Anzeige zu machen, lediglich selbst zuzuschreiben. 3. Verbriefte Forderungen, d. h. solche, für welche ein Schuldschein besteht, können nach dem klaren Wortlaut des Art. 215 cit. (vgl. insbes. auch den französischen Text) nur unter Uebergabe des Schuldscheins gültig verpfändet werden. Unterbleibt diese, so erwirbt der Gläubiger kein Pfandrecht und ist demgemäss z. B. einem spätern Cessionar der Forderung gegenüber nicht geschützt. (Entsch. v. 21. Juli 1891 i. S. Volksbank Reinach c. Wohnlich.)

---

101. *Art. 246, 254 u. 257 O. R 1. Verjährung der Klagen auf Gewährleistung beim Raten-(Milch-)Kaufe; unterbricht das Begehren um Erhebung eines Beweises zum ewigen Gedächtniss die Verjährung? Concurrenz von Gewährleistungs- und Deliktsklage; 2. Ordnungsmässige Prüfung der Beschaffenheit der Milch durch den Senn; 3. Schadenersatzklage wegen schlechter Beschaffenheit der gekauften Milch; Zulässigkeit und Begründung.*

G. hat im Sommer 1885 die Käserei betrieben und zu diesem Zwecke u. A. den Beklagten die Milch ihrer Kühe für die genannte Zeit abgekauft. Am 23. September 1885 zeigte G. den Beklagten an, dass er von ihnen keine Milch mehr annehme, weil dieselbe nach einer inzwischen erhobenen Expertise ungesund sei, und am 31. August 1886 belangte er dieselben auf Schadenersatz, weil die von ihnen vom 1. Mai bis 31. August 1885 gelieferte Milch ungesund gewesen sei und ihm die Fabrikation guter Käse verunmöglicht habe. Die Klage wurde theils wegen Verjährung, theils wegen verspäteter Mängelrüge, theils wegen Mangels eines die Be-

klagten zum Schadenersatze verpflichtenden Rechtsgrundes abgewiesen.

Den Motiven des bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir folgendes: 1. Fragt sich, ob die Einrede der Verjährung begründet sei, so sind hiefür die Bestimmungen über die Verjährung der Gewährleistungsklagen beim Kaufe (Art. 257 O. R.) massgebend. Die Vorschriften über die Verjährung von Schadenersatzklagen aus unerlaubten Handlungen (Art. 69 O. R.) finden keine Anwendung. Zwar kann allerdings ein und derselbe Thatbestand einerseits eine Vertragsverletzung, andrerseits eine unerlaubte Handlung enthalten, so dass aus demselben konkurrirend eine Kontrakts- und eine Deliktsklage entspringen. Allein dies setzt eine Handlung voraus, welche auch abgesehen von einer Vertragspflicht des Handelnden als eine unerlaubte, widerrechtliche erscheint und daher selbständiger Entstehungsgrund einer Schadenersatzobligation ist; blosse Verletzungen eines Vertragsverhältnisses, welche nicht eine neue selbständige Obligation begründen, sondern nur eine bereits bestehende Vertragsobligation umgestalten, gehören nicht hieher. Nun sind im vorliegenden Falle die den Beklagten zur Last gelegten Thatsachen (die Lieferung von zur Käsefabrikation untauglicher Milch) nicht derart, dass darin etwas anderes denn die Verletzung vertraglicher Rechte und Pflichten gefunden werden könnte. Die Lieferung solcher Milch ist durch kein Gesetz allgemein verboten; sie verstösst also gegen kein jeden Bürger treffendes Verbot der Rechtsordnung, sondern erscheint als rechtswidrig lediglich mit Rücksicht auf das zwischen den Parteien bestehende besondere vertragliche Rechtsverhältniss; sie involvirt also lediglich eine Vertragsverletzung, nicht aber ein Delikt. Wenn freilich die Beklagten wissentlich, mit dem Bewusstsein, dass durch deren Beimengung der Fabrikationszweck vereitelt werde, untaugliche Milch geliefert hätten, so läge ein Delikt, eine böswillige Vermögensbeschädigung, allerdings vor. Nach Art. 257 O. R. verjähren die Klagen auf Gewährleistung wegen Sachmängeln mit Ablauf eines Jahres nach Ablieferung der Sache an den Käufer, selbst wenn dieser die Mängel erst später entdecken sollte. Die „Ablieferung“ an den Käufer ist mit demjenigen Momente vollendet, wo ihm die Möglichkeit thatsächlicher Verfügung über die Waare, speziell zum Zwecke der Prüfung ihrer Empfangbarkeit, gegeben ist. Nun wurde im vorliegenden Falle die Milch täglich zweimal dem Käufer zur Käserei geliefert und ihm dadurch die Möglichkeit der Prüfung der

betreffenden Lieferungen gegeben. Von diesem Momente an läuft für jede einzelne Lieferung die Verjährung der Gewährleistungsklagen. Es handelt sich um einen Kauf, bei welchem die Waare vertragsgemäss in periodischen Raten (je zweimal täglich) zu liefern war. Das Gesetz bestimmt nun in Betreff solcher Käufe mit Ratenlieferungen nichts besonderes; es muss daher dabei sein Bewenden haben, dass die Verjährung der Gewährleistungsklagen jeweilen mit der Ablieferung einer Waarenpartie beginnt, und es darf nicht der Beginn der Verjährung für einzelne Ratenlieferungen deshalb über den gesetzlichen Termin der Ablieferung der Waare hinaus verlegt werden, weil später weitere Lieferungen nachfolgen sollen. So wenig wie bei Ratenkäufen die Rügefrist des Art. 246 O. R. für die sämmtlichen Partien der Waare erst mit der letzten Ratenlieferung beginnt, so wenig kann dies für die Verjährungsfrist der Gewährleistungsklagen gelten. Die Frist des Art. 257 O. R. ist, wie sich aus dem Texte und Zusammenhange des Gesetzes unzweideutig ergibt, eine Verjährungsfrist, für deren Unterbrechung die Regeln des Art. 154 O. R. gelten. Danach ist aber durch das Begehren um Veranstaltung einer Beweisführung zum ewigen Gedächtniss die Verjährung nicht unterbrochen worden; denn dasselbe qualifizirt sich nicht als Klage, durch welche der Schadenersatzanspruch des Käufers rechtlich geltend gemacht worden wäre, sondern als ein Gesuch um eine Beweisaufnahme zum Zwecke der Vorbereitung späterer Klageerhebung.

2. Die Rüge vom 23. September 1885 ist eine verspätete. Zwar ist nach den Akten nicht mit Sicherheit zu beurtheilen, ob nach den Verhältnissen des Sennerei- resp. Käsereibetriebes zu der dem Käufer obliegenden übungsmässigen, ordentlichen Untersuchung der gelieferten Molken regelmässig die bloss äusserliche Prüfung durch Besehen und Verkosten u. dgl. genügt oder ob dazu auch die Vornahme weiterer Proben, vermittelst Scheidegläsern u. dgl., gehört; allein soviel ist jedenfalls festzuhalten, dass der Senn oder Käser sich mit einer bloss äusserlichen Prüfung dann nicht begnügen darf, wenn Zweifel an der Beschaffenheit der Waare vorliegen, welche durch eine solche Prüfung nicht gehoben werden können. In diesem Falle liegt in der That auf der Hand, dass der ordnungsmässige Geschäftsgang eine eingehende Prüfung erfordert und der Käufer fahrlässig handelt, wenn er die verdächtigen Molken ohne weiters, ohne solche Prüfung zur Fabrikation verwendet, auf die Gefahr hin, dass dadurch der Zweck der Fabrikation vereitelt und, vielleicht durch die Beimengung

relativ nicht bedeutender Quantitäten ungesunder Milch, ein ganz unverhältnissmässiger Schaden entstehe. 3. Die angestellte Klage ist weder die Wandelungs- noch die Preisminderungsklage, sondern eine selbständige (kontraktliche) Schadenersatzklage. Nun kann nach dem Gesetze (Art. 253 verbunden mit Art. 241 O. R.) der Käufer einen, je nach Umständen auf den unmittelbaren, durch die Lieferung fehlerhafter Waare verursachten Schaden beschränkten oder aber auf weitern Schaden gehenden Schadenersatzanspruch mit der Wandelungsklage geltend machen. Dagegen spricht das Gesetz in den Bestimmungen über den Kaufvertrag von einer selbständigen Schadenersatzklage des Käufers nicht und es könnte daher aus Art. 254 Abs. 2 O. R. die Schlussfolgerung gezogen werden wollen, dass eine solche überhaupt nicht zulässig, sondern der Käufer, wenn er die Wandlung nicht begehrt und nicht begehren kann, einzig auf den Preisminderungsanspruch beschränkt sei. Dies erscheint indess doch nicht als richtig. Art. 254 Abs. 2 O. R. hat nur die unabhängig von einem Verschulden bestehende kaufrechtliche Gewährleistungspflicht im Auge und es ist nach den allgemeinen, auch für den Kauf geltenden Grundsätzen des Vertragsrechts (Art. 110 u. ff.) anzuerkennen, dass der Verkäufer stets, auch dann wenn die Wandelung wegen Veräusserung oder Bearbeitung der Sache durch den Käufer ausgeschlossen ist, schadenersatzpflichtig ist und also mit einer selbständigen Schadenersatzklage belangt werden kann, sofern die fehlerhafte Lieferung ihm zum Verschulden anzurechnen ist. Allein diese Schadenersatzpflicht des Verkäufers besteht nun eben (gleichwie gemäss Art. 277 O. R. diejenige des Vermiethers) nur dann, wenn dem Verkäufer ein Verschulden nachgewiesen wird; die Beweislast hiefür trifft den Käufer. (Entsch. vom 14. Mai 1891 i. S. Gabriel c. Schnarrwyler u. Cons.)

---

102. *Art. 366 Abs. 2 O. R. Ueberschreitung des ungefähr verabredeten Lohnes bei Bauten auf Grund und Boden des Bestellers. Kann der Besteller, welcher während des Baues ohne Vorbehalt den vereinbarten Lohn übersteigende Vorschüsse gemacht hat, einen Abzug verlangen?*

D. hatte sich vertraglich verpflichtet, dem Z. einen Bienenstand zu erstellen um den Preis von Fr. 7500. Während der Ausführung dieser Baute machte Z. dem D. Vorschüsse im Betrage von Fr. 8300. Nach Beendigung derselben stellte D. dem Z. Rechnung, welche eine Forderung

des Erstern von Fr. 10,950 ergab. Z. weigerte sich den Mehrbetrag, über die bereits vorgeschossenen Fr. 8300 hinaus, zu bezahlen, gestützt auf Art. 366 O. R. Das kantonale Gericht verurtheilte aber den Z. zur Bezahlung der Forderung des D., weil nach dem erhobenen Expertenberichte der Bienenstand den D. auf Fr. 11,801. 10 zu stehen komme und D. daher der Vorschrift des Art. 366 Abs. 2 O. R. bereits genügend Rechnung getragen habe.

Das Bundesgericht bestätigte das Urtheil, wesentlich aus dem Grunde, dass Z. schon während Ausführung der Baute den Voranschlag übersteigende Vorschüsse ohne irgend welchen Vorbehalt gemacht und dadurch seine Zustimmung zur Ueberschreitung des Voranschlages ertheilt habe. (Entsch. v. 10. Juli 1891 i. S. Delay c. Zinowieff.)

---

103. *Art. 409 O. R. Anweisung auf bestimmte künftige Schuld. Einrede des Angewiesenen, welcher die Anweisung angenommen hat, dass die Schuld in Folge späterer Vereinbarung mit dem Anweisenden nicht zur Entstehung gelangt sei.*

Zwischen Wk. und Wi. war durch Vermittelung des H. ein Vertrag zu Stande gekommen, wonach Wk. an Wi. das alleinige Fabrikationsrecht seiner Backsteinschlagmaschine für die Schweiz, sowie das italienische Patent hierauf übertrug, wogegen Wi. an Wk. 30,000 Fr. in der Weise zu bezahlen sich verpflichtete, dass von jeder Maschine, die er verkaufe, 1500 Fr. an Wk. zu bezahlen seien, bis die Summe von 30,000 Fr. erreicht sei. Dabei wurde bestimmt, dass der Vermittler H. „der Einfachheit wegen" die ihm vom Verkäufer Wk. stipulirte Provision direct von Wi. beziehe, welcher dieselbe Wk. in Abzug bringe. Damit erklärte sich Wi. einverstanden. Später änderten Wk. und Wi. den Vertrag dahin ab, dass von den in die Schweiz verkauften Maschinen Wi. nichts mehr an Wk. zu bezahlen habe, weil ein gewisser P. gleiche Maschinen in die Schweiz verkaufte. H. resp. sein Cessionar belangte nun den Wi. gleichwohl auf Bezahlung seiner Provision von den in die Schweiz verkauften Maschinen. Die Klage wurde aber abgewiesen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir folgendes: Mit dem kantonalen Gerichte ist davon auszugehen, dass das diessfalls begründete Rechtsverhältniss dasjenige der Anweisung (Art. 406 ff. O. R.) sei. Von einer Cession, d. h. Uebertragung der Forderungsrechte des Wk. an Wi. auf H. ist im Vertrage nirgends die Rede,

so wenig als davon, dass H. auf sein Forderungsrecht gegen Wk. verzichten und den Wi. als Schuldner annehmen wolle. Daraus folgt aber allerdings nicht, dass zwischen Beklagtem und Kläger kein Obligationsverhältniss begründet worden sei. Vielmehr ist diess dadurch geschehen, dass Beklagter die Anweisung angenommen hat. Wenn auch die Anweisung ein Obligationsverhältniss zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger nicht bewirkt, so entsteht dagegen ein solches Verhältniss, sobald und soweit der Angewiesene sich durch Vertrag dem Anweisungsempfänger bindet, und dahin gehört die Annahme der Anweisung. Art. 409 O. R. bestimmt denn auch, dass der Angewiesene, welcher dem Anweisungsempfänger die Annahme ohne Vorbehalt erklärt, demselben zur Zahlung verpflichtet werde und ihm nur solche Einreden entgegensetzen könne, welche sich aus ihrem persönlichen Verhältnisse oder aus dem Inhalt der Anweisung selbst ergeben, nicht aber solche aus seinem Verhältnisse zum Anweisenden. Zu den Einreden, welche sich aus dem Inhalte der Anweisung selbst ergeben, gehören nun nicht etwa bloss die aus Vorbehalten und Beschränkungen des Anweisenden bei der Anweisung, sondern auch diejenigen, welche sich daraus ergeben, dass die Anweisung auf Schuld gemacht ist, und diess ist hier der Fall. Es liegt nämlich in casu nicht eine Anweisung auf eine abstrakte Geldsumme vor, sondern eine Anweisung auf eine ganz bestimmte und zwar künftige Schuld aus einem zweiseitigen Vertrag, deren Entstehung nicht bloss dadurch bedingt war, dass Beklagter Backsteinschlagmaschinen nach der Schweiz wirklich verkaufe resp. verkaufen könne, sondern die auch von einer Gegenleistung des Anweisenden Wk. abhing. Der Wille der Kontrahenten bei Abschluss des Vertrages gieng, wie sich aus dessen Inhalt unzweideutig ergibt, dahin, dass durch die Anweisung die künftige Schuld Wi.'s an Wk. von Fr. 1500 für jede verkaufte Maschine, soweit die Provisionsforderung H.'s reichte, getilgt und Beklagter durch die Zahlung an H. von seiner Schuld an Wk. befreit sein solle. Grund und Voraussetzung der Anweisung ist also die Entstehung jener Schuld des Beklagten an Wk. Daraus folgt aber, dass Kläger aus der Annahme der Anweisung den Beklagten jedenfalls dann nicht belangen kann, wenn jene Forderung Wk.'s ohne Schuld des Beklagten nicht zur Entstehung gelangt ist. Und diess muss in casu angenommen werden. Nach dem Vertrage bildete die Abgabe von je 1500 Fr. von jeder nach der Schweiz verkauften

Maschine die Gegenleistung dafür, dass Wk. dem Beklagten das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz übertrug. Dafür, dass Beklagter durch den Vertrag das alleinige Fabrikationsrecht für die Schweiz erwerbe, hatte Wk. Gewähr zu leisten. Konnte er dieses Recht dem Beklagten nicht übertragen, so erfüllte er seine vertraglichen Verpflichtungen nicht, und damit fiel auch die Gegenleistung des Beklagten in entsprechendem Masse weg. Insoweit gelangte somit die Forderung, auf welche H. angewiesen war, nicht zur Entstehung und damit fiel auch die Anweisung dahin. (S. z. B. Dernburg Preuss. Priv. R. Bd. II, S. 133, 4. Aufl.) War aber dem Wk. die Erfüllung des Vertrages in der bezeichneten Richtung nicht möglich, so durfte sich Beklagter über die Wirkungen, welche diesem Umstand auf seine, des Beklagten, Gegenleistungen nach dem früher Gesagten zukamen, in der Weise, wie geschehen, aussergerichtlich verständigen und abfinden, ohne sich dem Kläger verantwortlich zu machen. (Entsch. v. 11. Juli 1891 i. S. Ris c. Wildi.)

---

104. *Art. 585 und 155 O. R. 1. Findet Art. 585 auch auf Gesellschaften Anwendung, welche vor Inkrafttreten desselben ohne Eintragung in's Handelsregister aufgelöst worden sind? 2. Unterbrechung der Verjährung gegen Mitverpflichtete durch Anerkennung oder Rechtsverfolgung.*

1. Die Verjährung des Art. 585 beginnt nach Art. 586 O. R. mit dem Zeitpunkte, in welchem die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden oder die Ausschliessung des Gesellschafters in das Handelsregister eingetragen ist; sie findet also überhaupt nur da Anwendung, wo die betreffende Aenderung des Gesellschaftsverhältnisses in das Handelsregister eingetragen worden ist, während überall, wo ein solcher Eintrag nicht stattgefunden hat, es der allgemeinen Regel gemäss bei der zehnjährigen Verjährung des Art. 146 O. R. bewendet (vgl. Schneider, Kommentar, 2. Aufl., S. 431, Entsch. der A. K. Zürich vom 4. Oktober 1890, Revue der Gerichtspraxis IX, Nr. 19). Die kurze Verjährung des Art. 585 O. R. kann also überall nicht auf kantonalrechtliche Gesellschaften erstreckt werden, welche im Handelsregister gar nicht eingetragen waren und wo danach auch ein Eintrag des Ausscheidens des betreffenden Gesellschafters nicht stattgefunden hat. 2. Als Regel ist auch für das O. R. festzuhalten, dass die Unterbrechung der Verjährung durch

Anerkennung oder Rechtsverfolgung nur gegen denjenigen Verpflichteten wirkt, gegenüber welchem sie geschieht. Eine Ausnahme hievon statuirt das Gesetz in Art. 155 für Solidarschuldner und Mitschuldner einer untheilbaren Leistung und für den Bürgen. Diese Ausnahme gründet sich auf die besondere Natur der betreffenden Verhältnisse und darf nicht ausgedehnt werden; in allen andern Fällen gemeinsamer Verpflichtung muss es bei der Regel bewenden, dass Rechtshandlungen gegen einen Mitverpflichteten die andern nicht berühren, da es an einem Rechtsgrunde dafür fehlt, die Wirkung von Rechtshandlungen, die von oder gegenüber einem Mitverpflichteten geschehen sind, auch auf die andern auszudehnen. (Entsch. v. 18. Juli 1891 i. S. Erben Berger c. Lack.)

---

105. *Art. 64 B. V. und Art. 865 O. R. Steht den Kantonen noch ein Gesetzgebungsrecht betr. die Geschäftsfirmen zu? Kann ein Kanton durch Gesetz die Aufnahme des Wortes „kantonal" in einer Geschäftsfirma verbieten?*

Der Grosse Rath des Kantons Tessin hatte ein Gesetz erlassen, wonach jeder Gesellschaft oder Unternehmung verboten wurde, ohne besondere Ermächtigung durch gesetzgeberisches Dekret in ihre Firma das Wort „kantonal" aufzunehmen. Auf Beschwerde der tessinischen Kantonalbank wurde dieses Gesetz aufgehoben, da das Gesetzgebungsrecht über die Geschäftsfirmen nach Art. 64 B. V. lediglich dem Bunde zustehe und er von demselben in erschöpfender Weise Gebrauch gemacht habe (Art. 865—877 O. R.). Halten die tessinischen Behörden dafür, dass eine tessinische Gesellschaft oder Anstalt unberechtigt das Wort „kantonal" in ihre Geschäftsfirma aufgenommen habe, so können sie den Unberechtigten nach Massgabe des Art. 876 Abs. 2 auf dem Rechtswege auf Unterlassung der weitern Führung der Firma und Schadenersatz belangen (Entsch. v. 3. Juli 1891 i. S. Tess. Kantonalbank).

---

106. *Markenschutzgesetz. Beurtheilung der Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken. Ist dabei auf das Publikum Rücksicht zu nehmen, für welches die betreffende Waare bestimmt ist (Hinterindien)?*

Für die Frage der täuschenden Aehnlichkeit zweier Marken ist auf das Gesammtbild abzustellen, welches diese

in der Erinnerung der Abnehmer des Produktes zurückzulassen geeignet sind. Das Gesetz (Art. 6 des Markenschutzgesetzes von 1879) fordert, dass neue Zeichen sich von älterberechtigten derart unterscheiden, dass sie geeignet sind, im Gedächtniss der Abnehmer des Produktes ein wesentlich verschiedenes Bild zurückzulassen, so dass eine Verwechselung durch Abnehmer, welche in Erinnerung an das älter berechtigte Zeichen ihre Waare aussuchen, nicht leicht möglich ist. Es ist demgemäss auch richtig, dass es auf die Auffassungskraft und regelmässige Aufmerksamkeit desjenigen Publikums ankommt, für welches die Waare bestimmt ist, nicht dagegen darauf, ob ein sachkundiger Beobachter die beiden Waarenzeichen leicht unterscheidet, oder ob in andern scharfsichtigern Verkehrskreisen eine Täuschung nicht leicht vorkommen könnte. Der Massstab der Beurtheilung muss ein verschiedener sein, je nachdem es sich um Zeichen für Waaren handelt, deren Absatz sich, wie etwa derjenige gewisser Maschinen, auf einen sach- und geschäftskundigen Abnehmerkreis beschränkt, oder aber für Waaren, die von der Masse der Bevölkerung, dem grossen Publikum, gekauft werden, je nachdem es sich um Waarenzeichen für inländischen oder europäischen Vertrieb oder für den Export nach Ländern anderer Kulturkreise, mit andern Verkehrsgewohnheiten und völlig anderer Kulturstufe der Käufer, handelt. Nur soviel ist natürlich festzuhalten, dass bei Prüfung der Frage der täuschenden Aehnlichkeit stets Käufer vorausgesetzt werden, welche auf das Waarenzeichen überhaupt Gewicht legen, während Abnehmer, die um die Marken sich überall nicht kümmern, selbstverständlich ausser Betracht fallen. Diese Grundsätze ergeben sich aus dem Zwecke des Gesetzes; eine häufige Täuschungen der Abnehmer ausschliessende Verschiedenheit der Waarenzeichen wird nur dann erreicht, wenn auf die Eigenart des Verkehrs, für welchen die einzelnen Zeichen bestimmt sind, Rücksicht genommen wird (vergl. hierüber Kohler, Recht des Markenschutzes S. 283 u. ff.). Es ist demnach der Vorinstanz darin beizutreten, dass es in casu darauf ankommt, ob die beiden Waarenzeichen sich derart von einander unterscheiden, dass sie von den Eingebornen Hinterindiens, und zwar nicht nur von den europäischen oder einheimischen Zwischenhändlern der Seeplätze, sondern auch von den letzten Abnehmern der Waare, den Konsumenten, im Innern des Landes nicht leicht verwechselt werden können. Es ist denn auch ohne weiters klar, dass für die Eingeborenen Hinterindiens die wörtlichen Bei-

fügungen der beklagten Marke (die Firmabezeichnung) jeder unterscheidenden Kraft entbehren, da sie für dieselben unverständlich sind und daher als Unterscheidungsmerkmal für sie nur die Verschiedenheit der figurativen Bestandtheile der beiden Zeichen in Betracht kommen kann. (Entsch. v. 27. Juni 1891 i. S. Gujer c. Blumer.)

---

107. *Art. 5 lit. a des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Ist der Abzug an der gesetzlichen Maximalsumme oder der diese übersteigenden Schadensersatzsumme zu machen?*

Der Abstrich ist bei einer das gesetzliche Maximum übersteigenden Schadenssumme nicht von dieser, sondern von der gesetzlichen Maximalsumme zu machen. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich, dass bei zufälligen Beschädigungen die Ersatzpflicht des Betriebsunternehmers in billiger Weise reduzirt werde. Diese Ersatzpflicht aber ist ohnehin für alle Fälle, wo nicht strafrechtliches Verschulden des Haftpflichtigen vorliegt, durch das gesetzliche Maximum begrenzt; wenn also gemäss dem Willen des Gesetzes dann, wenn der Unternehmer, abweichend vom gemeinen Rechte, auch für den Zufall haftbar gemacht wird, eine Minderung seiner Haftpflicht Platz greifen soll, so kann dies für Fälle, wo der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum erreicht oder übersteigt, nichts anderes bedeuten, als dass alsdann von dem gesetzlichen Maximum ein angemessener Abstrich gemacht werde. (Entsch. v. 17. Juli 1891 i. S. Häring c. Meuri.)

---

108. *Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Bedeutung des Vorbehaltes zu Gunsten des Verletzten. Kann der Vorbehalt wiederholt werden?*

Ein gemäss Art. 8 des Fabrikhaftpflichtgesetzes zu Gunsten des Verletzten gemachter Vorbehalt umfasst auch diejenigen Fälle, wo die Gesundheitsschädigung in Bezug auf ihre Dauer, wenn auch nicht auf ihre Intensität, sich als bedeutender herausstellt, denn im ersten Urtheile angenommen wurde. Selbst wenn ein wiederholter Vorbehalt gesetzlich statthaft sein sollte, so ist doch klar, dass nach Sinn und Geist des Gesetzes ein solcher wiederholter Vorbehalt jedenfalls nur ganz ausnahmsweise gemacht werden darf, liegt es ja doch in aller Regel im wahren Interesse beider Parteien, dass das Verhältniss durch das Urtheil endgültig geregelt

und nicht durch einen wiederholten Vorbehalt neuen Prozessen gerufen werde. (Entsch. v. 17. Juli 1891 i. S. Heusser c. Braschler.)

---

109. *Eidg. Konkordate vom 15. Juni 1806 und 7. Juni 1810 betr. das Konkursrecht. Ort der Konkurseröffnung über neues Vermögen eines Falliten.*

Gelangt ein im Konkordatsgebiet wohnhafter Fallit später durch Erbschaft oder auf andere Weise zu neuem beweglichem Vermögen, so ist die Konkurseröffnung über dieses Vermögen nur am gegenwärtigen Wohnorte desselben, nicht auch in dem Kantone, wo derselbe früher in Konkurs gerathen ist, zulässig. Und zwar gilt dies auch dann, wenn nach den Gesetzen des frühern — im Konkordatsgebiet gelegenen — Konkursortes der neue Konkurs von Amtes wegen zu eröffnen ist. (Entsch. v. 10. Juli 1891 i. S. Preisig c. Appenzell A.-Rh.)

---

110. *Art. 1, 4, 20 u. 21 des französisch-schweiz. Staatsvertrages vom 23. Februar 1882. Schutz auswärtiger Componisten. Art. 2 der Berner Konvention vom 9. September 1886.*

Ueber die oben Nr. 87 abgedruckte Entscheidung des Basler Civilgerichtspräsidenten beschwerte sich K., soweit die Klage auch wegen der zuerst in Frankreich aufgeführten Musikstücke abgewiesen worden war. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde gut bezüglich der Musikstücke, für welche die Schutzfrist nach dem Vertrage vom 23. Februar 1882 nicht bereits abgelaufen war.

Gründe: 1. Für die Dauer, während welcher musikalische Werke in der Schweiz gegen unbefugte Aufführung geschützt werden, ist Art. 21 des Staatsvertrages massgebend und gilt nicht etwa gemäss Art. 2 der Berner Konvention vom 9. September 1886 die längere Frist des Art. 2 des Bundesgesetzes vom 23. April 1883. Denn der weit gehende Schutz des Aufführungsrechtes dramatischer oder musikalischer Werke, wie er durch Art. 20 des Staatsvertrages in Gemässheit der französischen Gesetzgebung französischen Werken in der Schweiz zugesichert wird und wie er auch nach Inkrafttreten der Berner Konvention noch fortbesteht (s. b.-ger. Entsch. A. Slg. Bd. 16 S. 740 u. ff.),[1] ist dem Bundesgesetze fremd; für denselben kann daher auch nicht die

---

[1]) S. oben Nr. 44.

Schutzfrist dieses Gesetzes, sondern nur diejenige des Staatsvertrages gelten. Art. 21 und 20 des Staatsvertrages hängen untrennbar zusammen. Die weitgehenden Rechte des Art. 20 werden auf die in Art. 21 bestimmte Dauer gewährleistet; sie werden als auf diese Dauer zeitlich begrenzt eingeführt. 2. Der Ansicht, dass Art. 20 des Staatsvertrages nur die nach seinem Inkrafttreten veröffentlichten Werke schütze, kann nicht beigetreten werden. Zwar nicht wegen Art. 18 des Staatsvertrages. Diese Bestimmung besagt einfach, dass zum Erwerbe der Schutzberechtigung für französische Werke in der Schweiz die Erfüllung der Formalitäten der Art. 3 und 6 des Staatsvertrages nicht erforderlich sei, diese Formalitäten vielmehr durch Produktion einer legalisirten Bescheinigung des französischen bureau de librairie au ministère de l'Intérieur ersetzt werden. Diese Bescheinigung schliesst aber Recht und Pflicht des schweizerischen Richters, zu prüfen, ob ein bestimmtes Werk nach den Vorschriften des Staatsvertrages schutzberechtigt, ob z. B. die Schutzfrist des Art. 21 noch nicht abgelaufen sei u. drgl., in keiner Weise aus. Entscheidend fällt dagegen in die Wagschaale der Zusammenhang des Vertrages resp. die Vergleichung des Art. 20 mit Art. 1 desselben. Art. 1 des Vertrages, welcher den zum ersten Male in der Schweiz veröffentlichten Werken der Literatur und Kunst in Frankreich den gleichen Schutz wie den zuerst in Frankreich erschienenen Erzeugnissen zusichert, spricht sich, wie Art. 20, nicht expressis verbis darüber aus, ob er sich nur auf die nach Inkrafttreten des Vertrages erscheinenden oder auch auf ältere Werke beziehe; er spricht (wie Art. 20) einfach von Werken „. . . . . publiées pour la première fois en Suisse" („welche zum ersten Male in der Schweiz veröffentlicht werden"). Nichtsdestoweniger kann einem Zweifel gewiss nicht unterliegen, dass Art. 1 sich nicht nur auf die nach dem Inkrafttreten des Vertrages erscheinenden, sondern auch auf ältere Werke der Literatur und Kunst bezieht. In der That ist ja vollständig klar, dass die vertragschliessenden Staaten durch Art. 1 (ebenso wie durch Art. 16 und 19) nicht nur für zukünftige literarische oder künstlerische Erzeugnisse, sondern auch für die bereits vorhandenen den internationalen Rechtsschutz gegen Nachdruck und Nachbildung u. dgl. vereinbaren wollten. Auf ganz gleichem Fusse nun aber behandelt der Vertrag von 1882 auch das Aufführungsrecht. Art. 4 bestimmt, dass die Bestimmungen des Art. 1 über den Schutz schweizerischer literarischer oder künstlerischer Erzeugnisse

in Frankreich ebenfalls Anwendung finden auf die Darstellung oder Aufführung ..... dramatischer oder musikalischer Werke, welche zum ersten Male in der Schweiz veröffentlicht, aufgeführt oder dargestellt werden („des oeuvres dramatiques ou musicales publiées, exécutées ou représentées pour la première fois en Suisse"). Und Art. 20 schreibt vor, dass die Verfasser dramatischer oder musikalischer Werke, welche in Frankreich zum ersten Male aufgeführt oder veröffentlicht werden (publiées ou exécutées pour la première fois en France) in der Schweiz den gleichen Schutz des Aufführungsrechtes geniessen, welcher in Frankreich schweizerischen Erzeugnissen zu Theil wird. In keiner Weise wird dabei ausgedrückt, dass für den Schutz des Aufführungsrechtes rücksichtlich der zeitlichen Rechtsanwendung andere Regeln gelten sollen, als für den Schutz gegen Nachdruck u. s. w.; es geht daher gewiss nicht an, eine solche Unterscheidung in den Vertrag hineinzutragen, die insoweit völlig gleichlautende Bestimmung betreffend den Schutz des Aufführungsrechts anders zu interpretiren, als die allgemeine Vorschrift des Art. 1 (16 und 19) unzweifelhaft ausgelegt werden muss. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass die kontrahirenden Staaten, wenn sie in Art. 1 (16 und 19) unter Erzeugnissen, welche zum ersten Male in Frankreich resp. in der Schweiz veröffentlicht werden (publiées pour la première fois en Suisse ou en France), sowohl bereits veröffentlichte als erst nach dem Inkrafttreten des Vertrages erscheinende verstanden, sie in Art. 20 mit der ganz gleichen Fassung auch den gleichen Sinn verbanden; wenn dies nicht der Wille der Kontrahenten gewesen wäre, so hätte die Unterscheidung gewiss im Texte des Vertrages zu unzweideutigem Ausdrucke gebracht werden müssen. Dies ist nicht geschehen, vielmehr ist in Art. 4 des Vertrages von 1882 der in der frühern schweizerisch-französischen Literarkonvention von 1864 nach den Worten „publiées, exécutées ou représentées pour la première fois en Suisse" enthaltene Zusatz „après la mise en vigueur de la présente convention" weggelassen worden. Diese Streichung kann nicht als eine zufällige, bedeutungslose erachtet werden; vielmehr erscheint sie als eine gewollte, durch welche der Schutz des Aufführungsrechtes auf gleiche Linie mit dem Schutze gegen Nachdruck gestellt werden sollte. Es kann um so weniger angenommen werden, es habe durch den Vertrag vom 23. Februar 1882 der Schutz des Aufführungsrechtes auf die nach dessen Inkrafttreten er-

scheinenden Werke beschränkt werden wollen, als dadurch den unter der Herrschaft des Staatsvertrages von 1864 erschienenen Werken der ihnen nach diesem Vertrage zukommende staatsvertragliche Schutz wieder entzogen worden wäre. Dieser Schutz war freilich, da das interne schweizerische Recht, mit Ausnahme des genferischen, einen Schutz des Aufführungsrechtes nicht kannte und Art. 21 des Vertrages von 1864 französischen Werken in der Schweiz lediglich den nämlichen Schutz zusicherte, wie ihn die Werke schweizerischer Urheber genossen, praktisch von geringer Bedeutung. Immerhin ist gewiss nicht anzunehmen, dass die vertragschliessenden Staaten durch den Vertrag vom 23. Februar 1882 den Schutz des Aufführungsrechtes ohne Rücksicht darauf, dass grundsätzlich bereits durch die Literarkonvention von 1864 ein solcher Schutz angestrebt war, nur für die nach Inkrafttreten des Vertrages vom 23. Februar 1882 erscheinenden Werke haben vereinbaren wollen. Demnach wird denn auch in der französischen Literatur der Vertrag vom 23. Februar 1882 zu denjenigen Literarkonventionen gezählt, welche in allen Beziehungen auch die vor ihrem Inkrafttreten publizirten Werke schützen (vgl. Vincent et Penaud, Dictionnaire de droit international privé S. 761 Nr. 69). Geht somit aus dem Zusammenhange des Staatsvertrages von 1882 klar hervor, dass derselbe den Schutz des Art. 20 auch ältern Werken gewährt, so kann darauf nichts ankommen, ob, wie die angefochtene Entscheidung annimmt, hierin eine nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu präsumirende Rückwirkung einer Rechtsvorschrift liege. Es mag daher in dieser Beziehung nur bemerkt werden, dass jedenfalls die gedachte Vorschrift nicht in wohlerworbene Privatrechte eingreift und dass dieselbe nicht sowohl einer, nach der Zeit ihres Vorkommens nicht rechtserzeugenden, Thatsache nachträglich rechtserzeugenden Charakter beilegt, als vielmehr einem in Frankreich schon früher anerkannten Privatrechte internationalen Rechtsschutz in weiterm Umfange gewährte. (Entsch. v. 17. Juli 1891 i. S. Knosp-Fischer.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

111. *Schadenersatz aus unerlaubter Handlung. Quasischmerzengeld wegen ehrverletzender Denunciation an eine Behörde. Art. 55 O. R.*[1])

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 29. April 1891 i. S. Kreis c. Kreis.

J. U. Kreis verlangte mittelst schriftlicher Eingabe an das Erziehungsdepartement des C. Thurgau strenge Untersuchung über ein in der Gemeinde Zihlschlacht angeblich seit längerer Zeit besprochenes und zum öffentlichen Scandal gewordenes unsittliches Verhältniss zwischen der Arbeitslehrerin Maria Kreis und Js. B., indem er den Inhalt eines bezüglichen, auch in den Schülerkreisen herumgebotenen Gerüchtes als positive Thatsache darstellte. Da sich in der Folge diese Behauptungen wie das Gerücht selbst als völlig unwahr und unbegründet erwiesen, wurde J. U. Kreis auf die Klage der beiden denuncirten Personen wegen Ehrverletzung bestraft. Ausserdem klagte M. Kreis gegen ihn eine Entschädigung von 4000 Fr. gemäss Art. 55 O. R. ein. Der Beklagte wandte ein, eine ernstliche Verletzung der persönlichen Verhältnisse der Klägerin sei überhaupt nicht, eventuell lediglich durch das im Publicum cursirende Gerücht, nicht aber durch seine Denunciation, eingetreten. Beide Instanzen sprachen der Klägerin 1000 Fr. zu, das Obergericht mit folgenden Motiven:

Dass die Denunciation als eine unerlaubte Handlung sich qualificirt, ist durch das Ergebniss des Ehrverletzungsprocesses constatirt. Wenn nun auch nach der bisherigen gerichtlichen Praxis der Art. 55 O. R. bei gewöhnlichen Injurien keine Anwendung findet und an dieser Praxis behufs Vermeidung einer missbräuchlichen Ausdehnung der durch den erwähnten Art. 55 O. R. begründeten Entschädigungspflicht auch in Zukunft festgehalten werden muss, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass in Fällen besonders schwerer Ehrenkränkungen neben der Bestrafung auch noch eine civilrechtliche Entschädigungsklage Platz greifen kann.

Im vorliegenden Falle geht nun aus dem Urtheil der Recurscommission, insbesondere aus der ausnahmsweisen Höhe

---

[1]) Vgl. Nr. 63 und 29 dieses Bandes und die dort angeführten Entscheide.

der dem Beklagten auferlegten Busse hervor, dass es sich hier um eine Ehrverletzung aussergewöhnlicher Art handelt. Durch die Denunciation wurde das höchste ideelle Rechtsgut der Klägerin als einer unverheiratheten Frauensperson, ihre sittliche Ehrenhaftigkeit, in einer Weise angegriffen, welche ihr nicht nur grossen inneren, seelischen Schmerz verursachte, sondern auch ihre Stellung nach Aussen als Arbeitslehrerin und ihr ganzes künftiges Fortkommen in hohem Masse gefährdete, ihre persönlichen Verhältnisse also in der That ernstlich verletzte, so dass sie auf Grund von Art. 55 O. R. zu einer Entschädigungsforderung qualitativ als berechtigt erscheint. In quantitativer Hinsicht fällt zu Ungunsten des Beklagten ausser der Intensität der Ehrverletzung die Beharrlichkeit in Betracht, mit welcher er an der Richtigkeit der Denunciation festhielt.

---

112. *Dommages-intérêts. Responsabilité du patron en raison du dommage causé par ses employés. Art. 62 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 14 janvier 1891 d. l. c. Perrottet c. Société technique.

Le 26 octobre 1890, Perrottet revenait de Neuchâtel à Colombier avec son cheval et sa voiture, lorsque, aux environs de sept heures du soir, il fit la rencontre d'un char à matériaux vide appartenant à la Société technique et conduit par J. Grossenbacher, charretier de cette Société; l'équipage de P. occupait la droite de la route et était muni d'une lanterne. Le char de la Société occupait le même côté de la route et n'avait pas de lanterne. Une rencontre eut lieu et Perrottet fut projeté à terre; son cheval partit à fond de train avec la limonière brisée et détachée par le choc, il avait les tendons des jambes de derrière coupés et dès le lendemain, il fallut l'abattre. Perrottet a ouvert action à la Société et a conclu à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer fr. 900 à titre de dommages-intérêts. La Société a conclu à libération, en prétendant que P. a donné à son équipage une allure beaucoup trop rapide, qu'il a parfaitement vu l'équipage conduit par Grossenbacher, mais qu'il ne pouvait plus arrêter la marche trop vite de son équipage, que Grossenbacher allait au pas, et que, en tout cas, il est impossible de soutenir, que la Société „n'a pas pris les précautions nécessaires pour prévenir le dommage.“ De l'instruction de la cause il ressort que le cheval de Perrottet allait au petit trot, il avait donc une allure raisonnable; Grossenbacher, au contraire, quoique

voyant la lumière de la voiture P. à la distance de cinquante mètres environ, a pris trop tard les mesures nécessaires à changer de place; il était un peu négligent et avait été mis, précédemment déjà, à l'amende pour avoir négligé de prendre une lanterne. Le Tribunal a déclaré la demande fondée.

Motifs: Attendu que le choc des voitures a eu lieu parce que le char de la Société technique n'était pas éclairé et que le charretier avait négligé de prendre la droite de la route;

Qu'ainsi, la Société défenderesse doit être rendue responsable, aux termes de l'art. 62 C. O., du dommage causé par son ouvrier ou employé dans l'accomplissement de son travail, à moins qu'elle ne justifie avoir pris toutes les précautions nécessaires pour prévenir ce dommage;

Attendu que cette justification n'a pas été faite;

Qu'en laissant sortir de ses chantiers un attelage non muni de lanterne, pour un transport qui devait durer jusqu'au soir, la Société technique, soit son contremaître a négligé une mesure de précaution qui eût été de nature à empêcher l'accident de se produire;

Attendu que cette mesure devait s'imposer, en l'espèce, à la Société technique à l'égard d'un employé qui avait été condamné déjà à l'amende pour une négligence analogue;

Qu'ainsi, la Société défenderesse doit être reconnue responsable du dommage en raison de sa propre négligence et en dehors même des fautes commises par son domestique.

---

113. *Untermiethe. Nachtheilige Veränderungen im Sinne von Art. 285 Abs. 1 O. R.*

Luzern. Urtheil des Obergerichts v. 24. Juni 1890.

Uhrmacher W. vermiethete in seinem Hause ein Ladenlocal im Erdgeschosse und ein Zimmer im ersten Stock nebst Estrichantheil an M. Dieser gab die Localitäten später an J. M. und J. B. in Untermiethe. Der Vermiether W. bestreitet die Berechtigung zur Untermiethe, weil durch dieselbe eine nachtheilige Veränderung entstehe, in der Weise, dass die Räumlichkeiten nun thatsächlich von zwei Personen bezogen würden, dass die Benutzungsweise eine andere werde, indem das Ladenlocal als Wohn- und Schlafgemach des einen Untermiethers dienen solle und das Zimmer im ersten Stock, welches der erste Miether bloss als Schlafgemach verwendet hatte, nunmehr vom andern Untermiether beständig als Wohnzimmer benutzt werde; endlich, weil die beiden

Untermiether zahlungsunfähige Leute seien und der eine, J. M., wegen Unzucht mit Minderjährigen wiederholt criminell bestraft worden sei. Das Gericht hielt die Untermiethe an J. B. aufrecht, untersagte aber die an J. M.

Motive: Wenn der Vermiether eine nachtheilige Veränderung im Sinn des Art. 285 O. R. darin erblicken will, dass infolge der Untermiethe die Räumlichkeiten thatsächlich von zwei Personen bezogen würden, während er sie seinem Miether allein vermiethet habe, so ist das nicht zu hören. Denn anders würde das Recht zur Untermiethe überhaupt wohl nur ausnahmsweise zur Geltung kommen, da regelmässig hiebei der Miether die persönliche Benutzung der Miethsache nicht aufgiebt, sondern behufs vortheilhafterer Ausnutzung andere Miether noch zu sich nimmt und demnach der Regel nach eine vermehrte Benutzung durch eine vermehrte Anzahl von Leuten infolge der Untermiethe Platz greift. Auch die Veränderung der Benutzungsweise der Miethlocalitäten wird regelmässig die Folge jeder Untervermiethung sein. Der Vermiether könnte dieselbe nur verhindern, wenn nach Lage der Sache anzunehmen wäre, dass die Localität nur zu einem bestimmten Gebrauche vermiethet worden sei, so dass eine anderweitige Benutzungsweise durch den Untermiether sich als eine dem Miethvertrage zuwiderlaufende darstellen würde. Hievon ist im gegebenen Falle nichts ersichtlich. Der Vertrag zwischen den Parteien enthält über die Benutzungsart der Miethräumlichkeiten keine Bestimmung, und es ist speciell nicht ersichtlich, dass das Ladenlocal nur als solches und in Ausschliessung irgend eines andern Gebrauches in Miethe gegeben worden sei.

Auch der Einwand ist nicht zu hören, dass die Untermiether zahlungsunfähige Leute seien, und demnach dem Vermiether keine Sicherheit für seinen Miethzinsanspruch geboten werde. Nachdem dieser den Miether seine Sachen hat fortnehmen lassen, könnte ja das Verhältniss betreffend Sicherheit seines Zinsanspruchs durch den Einzug der Untermiether mindestens nicht schlimmer werden, auch wenn es richtig ist, dass deren sämmtliche Habseligkeiten aus Competenzstücken bestehen. Dagegen muss der Umstand der wiederholten criminellen Bestrafung des J. M. wegen Unzucht mit Minderjährigen als ein Moment angesehen werden, welches eine wesentliche Veränderung zum Nachtheil des Vermiethers involviert. Die durch den gerichtlich constatierten Rückfall und die Natur des fraglichen Delicts vorauszusetzende fortdauernde Disposition zu gleichartigen Aus-

schreitungen und die dadurch bedingte Gefahr für die Umgebung des Betreffenden muss unzweifelhaft die Lage der Hausbewohner und damit in erster Linie des Vermiethers ungünstiger gestalten.

---

114. *Bail à loyer. Refus du bailleur de laisser le preneur entrer en possession. Prétendue erreur sur la personne de ce dernier. Art. 18 ss. 50 et 292 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 21 avril 1891 d. l. c. D. c. Béguin.

Béguin a remis à bail à P. D. un appartement de la maison du Panorama à Vevey, avec entrée en jouissance le 15 septembre 1890. Il a reçu de D. la somme de 50 fr. à compte du prix de la location. D. avait affirmé que lui et sa femme étaient des gens très paisibles. Par lettre datée du 12 septembre 1890, Béguin a écrit à D. qu'il regrettait de ne pouvoir donner suite au projet de location, en le priant de lui faire savoir où il pourrait lui adresser ses 50 fr. D. a fait sommer B. de mettre les lieux loués à sa disposition. B. n'a pas obtempéré à cette sommation. Ensuite de ces faits, D. a ouvert action à B. et il a conclu à ce que B. lui doit payer 50 fr. à titre de restitution d'acompte et 325 fr. à titre de dommages-intérêts pour non-exécution d'un contrat de bail. B., sous offre de restituer les 50 fr., a conclu à libération, opposant qu'il a été frauduleusement induit en erreur par D. sur ses antécédents, vu que les époux D. ont eu, à diverses reprises et dans divers locaux occupés par eux, des scènes de ménage qui ont amené du scandale et l'intervention de la police. Le président du Tribunal du district de Vevey a accordé à D. 100 fr. à titre de dommages-intérêts pour non-exécution du bail. Le Tribunal cantonal a maintenu ce jugement.

Motifs: Considérant que la question à juger est celle de savoir si au moment de conclure le contrat de bail avec D., Béguin se trouvait dans une erreur essentielle lui permettant de rompre le dit contrat en application de l'art. 18 C. O.

Considérant à cet égard que l'erreur sur la personne avec laquelle on contracte n'est essentielle que si l'on s'est engagé principalement en considération de cette personne (art. 20 C. O.).

Considérant que dans l'espèce Béguin n'a pas consenti le bail en considération de la personne de P. D.

Qu'il ne résulte en effet d'aucune pièce du dossier ni

d'aucun fait du procès que la personnalité de D. ait été la cause qui ait engagé Béguin à conclure le bail, objet du litige actuel.

Que Béguin a ainsi bien entendu traiter avec Paul D. et non avec une autre personne.

Que l'erreur dans laquelle se serait trouvé Béguin ne peut, dès lors, se rapporter qu'aux qualités et antécédents de D. et de sa femme.

Qu'à cet égard Béguin aurait dû se renseigner avant de prendre aucun engagement, ce qui lui aurait été très facile puisque les époux D. habitaient à la Tour-de-Peilz.

Considérant, en outre, qu'il n'a pas été établi au procès que D. ou sa femme aient frauduleusement induit en erreur Béguin, soit sa femme, sur leur profession, leurs antécédents et la provenance de leurs ressources.

Que bien qu'ils aient affirmé être des gens très tranquilles, ce qui, paraît-il, n'est pas le cas, cette circonstance ne saurait à elle seule être suffisante pour que Béguin puisse invoquer avec succès l'application de l'art. 18 du C. O.

Considérant que Béguin n'est pas davantage au bénéfice de l'art. 292 C. O., puisqu'il ne s'agit point ici d'un bail immobilier ayant reçu un commencement d'exécution et pouvant être résilié avant son expiration par chaque partie alors qu'il existerait des circonstances graves, qui en rendent la continuation intolérable.

Qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une location consentie, mais qui n'a pas été exécutée et ce par la volonté unilatérale du bailleur.

Que, dès lors, il y a lieu de statuer en la cause au regard des art. 50 et suivants C. O.

Considérant que Béguin a causé sans droit un dommage à D. en se refusant à exécuter le bail librement consenti entre parties.

Que le chiffre de 100 fr. fixé par le président du Tribunal de Vevey comme réparation de ce dommage paraît suffisant, vu les circonstances de la cause.

---

115. *Procura. Ungültigkeit eines Wechselaccepts des Procuristen ohne einen die Procura andeutenden Zusatz? Art. 422 O. R.*

Bern. Urtheil des App.- und Cass.-Hofes v. 4. December 1890 i. S. Lina Hofer c. Cafader-Mieg & Cie.

Frau Lina Hofer geborene Lädrach betreibt ein Handelsgeschäft unter der im Handelsregister eingetragenen Firma

„Hofer-Lädrach"; ihr Ehemann ist Procurist und die Procura ebenfalls im Handelsregister eingetragen. Ein auf die genannte Firma gezogener Wechsel wurde vom Procuristen acceptiert, indem derselbe die Firma „Hofer-Lädrach" zeichnete, ohne einen die Procura ausdrückenden Zusatz beizufügen. Im Processe bestritt Frau Hofer nicht, dass ihr Ehemann den Wechsel in ihrem Auftrage unterzeichnet habe.

Das Gericht erklärte aber die Unterschrift für die Bezogene nicht als rechtsverbindlich, weil nach Art. 422 O. R. der Zeichnung des Procuristen für den Principal ein das Procuraverhältniss andeutender Zusatz „per procura" beigefügt werden müsse, indem, wie schon aus Art. 424 O. R. hervorgehe, keine blosse Ordnungsvorschrift im Sinne von Art. 44 des Deutschen Handelsgesetzbuches vorliege.

Anmerkung. Art. 422 O.R. statuiert, dass wer vom Inhaber eines Geschäftes ermächtigt sei, für ihn das Gewerbe zu betreiben und „per procura" die Firma zu zeichnen, Procurist sei. Das Gericht liest aus diesen Worten die Formalvorschrift, dass, wer Procurist sei, den Principal nur verpflichten könne, wenn er die Worte „per procura" brauche. Formalvorschriften sind aber eine Belastung des Verkehrs und sollten nur dann anerkannt werden, wenn das Gesetz sie ganz deutlich ausspricht, ins Besondere bei unserm Obligationenrechte.

Es liesse sich fragen, ob nicht wenigstens im Wechselrechte, das formales Recht ist, der vom Gerichte aufgestellte Satz Geltung habe, allein im bezüglichen Abschnitte des Obligationenrechtes findet sich keinerlei Anhaltspunkt. Art. 821 setzt die Zulässigkeit der Verpflichtung durch Bevollmächtigte voraus, ohne eine Formvorschrift zu geben. Die deutsche Theorie und Praxis (Thöl, Seite 203, Lehmann, Seite 375, R. O. H. G. v. 12. März 1872) erkennen ausdrücklich an, dass der Bevollmächtigte durch Gebrauch des Namens des Vollmachtgebers diesen wechselrechtlich verpflichten könne.

---

116. ***Cautionnement restreint à un temps déterminé ou cautionnement pour une dette à échéance fixe? Art. 502 et 503 C. O.***

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 17 novembre 1890 d. l. c. Levaillant c. Ve Paccard.

Par acte sous-seing privé du 10 juillet 1885, E. Sallaz et F. Paccard, le premier comme débiteur principal, le second comme caution solidaire, ont reconnu devoir à Levaillant la somme de 754 fr. 15 cts. pour solde de tous comptes; cette

somme devait être payée par versement d'un quart, chacun payable comme suit: un quart immédiatement, un quart d'année en année, soit le 10 juillet 1886, le 10 juillet 1887 et le 10 juillet 1888. Le 25 octobre 1889, Levaillant a assigné la veuve Paccard prise en sa qualité d'héritière de son défunt mari et en celle de tutrice de ses enfants mineurs, en paiement de la somme de 754 fr. 15 cts.; la veuve P. a opposé que l'obligation contractée par son mari était éteinte en vertu des dispositions de l'art. 502 C. O., vu que son mari s'était engagé pour un temps déterminé et avait été libéré par le non-commencement des poursuites dans les quatre semaines qui suivaient l'expiration de ce temps. Le Tribunal de Commerce adopta le système présenté par l'intimée et débouta Levaillant de sa demande. La Cour de Justice réforma ce jugement et donna gain de cause au demandeur.

Motifs: Attendu que l'art. 502 C. O. prévoit le cas où la caution ne s'est engagée que pour un temps déterminé, et l'art. 503 celui où la caution s'est engagée pour un temps indéterminé, pour une dette à terme;

Considérant que l'art. 502 n'est applicable que lorsque le cautionnement a été restreint à un temps déterminé, c'est-à-dire lorsque l'obligation de la caution n'a été assumée par elle que jusqu'à une échéance fixe, et nullement lorsque c'est la créance à laquelle le cautionnement se rapporte qui est payable à un moment déterminé.

---

117. *Aktiengesellschaft. Sonderrechte des Aktionärs. Art. 627 O. R.*

Zürich. Urtheil des Handelsgerichts vom 20. Februar 1891 i. S. Brunner c. Nordostbahngesellschaft.

Die Statuten der Beklagten sind im Laufe der letzten Jahre mehrmals abgeändert worden. So wurden die Statuten vom 30. Juni 1884 am 29. Dezember 1887 abgeändert gelegentlich der Erhöhung des Actiencapitals von 53 auf 68 Millionen, welche durch Emission neuer Prioritätsactien bewerkstelligt wurde. Diesen letzteren gegenüber behielt sich die N. O. B. ein in § 3 näher präcisirtes Rückkaufsrecht vor. Hiebei kam u. a. der frühere § 4, Abs. 1, welcher lautete: „Das Actiencapital kann infolge eines Beschlusses der Generalversammlung vermehrt werden unter Wahrung der den Prioritätsactien eingeräumten Rechtsstellung", ganz in Wegfall, weil die Beklagte der Meinung war, nach Art. 616 O. R.

erheische die Vermehrung des Capitals immer eine Statutenrevision, und es sei daher jener Passus überflüssig. Im Uebrigen normirte der § 3 der neuen Statuten die Rechtsstellung der Prioritätsactien gegenüber den Stammactien sowohl in Bezug auf die Ansprüche an den Reingewinn wie am Gesellschaftsvermögen. Unterm 7. November 1890 wurde eine abermalige Vermehrung des Actiencapitals durch Ausgabe neuer Stammactien beschlossen und demgemäss die Statuten neuerdings revidirt. Der frühere § 3 wurde hiebei in § 3 und 4 zerlegt; der letztere enthielt die die Prioritätsactien betreffenden Bestimmungen (den § 3, Abs. 2 der Statuten von 1887) mit einem Zusatze, wonach durch Beschluss der Generalversammlung den Inhabern von Prioritätsactien Gelegenheit geboten werden könne, dieselben innerhalb bestimmter Frist in Stammactien umzuwandeln.

Der Kläger als Besitzer von 500 Prioritätsactien glaubte sich in seinen Rechten durch die neue Emission von Stammactien verletzt und verlangte Aufhebung des Beschlusses der Generalversammlung vom 7. November 1890, soweit derselbe eine Abänderung von § 3 der bisherigen Statuten enthalte, beziehungsweise die Emission neuer Stammactien zum Gegenstand habe. Er machte hiefür hauptsächlich geltend, dass der quotielle Antheil der einzelnen Actionäre sowohl am Reingewinn als am Gesellschaftsvermögen durch die Vermehrung der Stammactien verringert werde, was sich kein Actionär gefallen lassen müsse, da seine Antheilsberechtigung ein sowohl vertraglich wie gesetzlich garantirtes Sonderrecht sei. Ferner habe die Gesellschaft bei der Revision von 1887 durch Streichung des § 4 der Statuten von 1884 betr. den Vorbehalt der Vermehrung des Actiencapitals auf eine Vermehrung des Actiencapitals des deutlichsten verzichtet. Auch der Emissionsprospect vom 31. Mai 1888 betr. die Ausgabe von Prioritätsactien bestätige diess, indem er die Verpflichtung der N. O. B. ausspreche, ausser den damals emittirten Prioritätsactien keine andern in gleichen oder besseren Rechten stehenden auszugeben. Die neuen Stammactien seien insofern besser als die Prioritätsactien, als sie nicht, wie diese, zurückgekauft werden können und desshalb im Börsencurse höher stehen.

Die Klage wurde abgewiesen.

Motive: Unter einem „Sonderrechte“ eines Actionärs ist ein Recht zu verstehen, welches ihm gegen seinen Willen durch Majoritätsbeschluss nicht entzogen werden kann, dasselbe kann seinen Grund sowohl im Vertrag wie in gesetz-

lichen Vorschriften haben. Für den Kläger sind zunächst die Statuten vom 29. Dec. 1887 massgebend, weil die Prioritätsactien, aus deren Innehabung er seine statutarischen Rechte ableitet, auf Grund jener Statuten ins Leben treten. Es liegt nun allerdings schon im Begriffe der Prioritätsactie, dass derselben gewisse Vorrechte zukommen, welche sich als wohlerworbene und unantastbare Sonderrechte darstellen; allein diess gilt naturgemäss nur insoweit, als diese Vorrechte reichen, und im Uebrigen theilen die Prioritätsactien die Rechtsstellung der Actien überhaupt (Haberstich, Hdbch. des O. R. II, 2. S. 492). § 3 jener Statuten sichert aber den Prioritätsactien nur gewisse Vorrechte am Reingewinn und im Falle der Liquidation am Gesellschaftsvermögen zu; von weiteren „Vorrechten" der Prioritätsactien ist dagegen nirgends die Rede. Ebenso kann in der im Jahre 1887 vorgenommenen Streichung des § 4 Abs. 1 der Statuten von 1884 ein Verzicht auf die Vermehrung des Actiencapitals nicht gefunden werden, da feststeht, dass diess damals nur geschah, weil man für die Erhöhung des Actiencapitals ohnediess den Weg einer Statutenänderung für nöthig hielt.

Dem Emissionsprospect vom 31. Mai 1888, auf Grund dessen die Prioritätsactien ausgegeben wurden, kommt in Verbindung mit der daraufhin erfolgten Subscription, sowohl für die ursprünglichen Zeichner als auch für deren Rechtsnachfolger, Vertragsnatur zu, und derselbe wäre daher an sich geeignet, Sonderrechten der Prioritätsactionäre zur Grundlage zu dienen. Der Sinn des Prospectes ist indessen offenbar der, dass keine weiteren Prioritätsactien oder gar Superprioritäten ausgegeben werden sollen, und es ist daraus nicht, wie der Kläger meint, das weitere Versprechen zu entnehmen, dass keine Actien ausgegeben werden sollen, welche überhaupt in irgend einer Richtung eine vortheilhaftere Stellung als die Prioritätsactien hätten. Wäre indess auch letztere Lesart möglich, so würde keineswegs feststehen, dass die Belastung der Prioritätsactien mit einer befristeten Rückkaufsclausel und der Wegfall letzterer bei den durch den angefochtenen Beschluss neu zu schaffenden Stammactien eine Besserstellung der letzteren enthalte. Abgesehen von dem eventuell den zurückzukaufenden Prioritätsactien zugesicherten Ersatz in allfällig neu zu emittirenden Stammactien, ist auch die Auffassung jener Rückkaufsbestimmung als einer Belastung für die Prioritätsactien lediglich durch die gegenwärtigen Renditeverhältnisse der beklagtischen Gesellschaft bedingt; in dieser Rendite und

deren Würdigung können aber Schwankungen eintreten; alles dieses beweist um so mehr, dass dieser Punkt unter den Vorrechten, mit Rücksicht auf welche bessere oder gleiche Actien nicht ausgegeben werden sollen, nicht verstanden sein konnte.

Es ist noch in Frage, ob ein Sonderrecht, wie das vom Kläger prätendirte, unmittelbar durch die Rechtsordnung, beziehungsweise das Gesetz gegeben sei. Die Statuten einer Actiengesellschaft erscheinen im allgemeinen als die Regel und Verfassung des Actienvereins; in gewissen Beziehungen haben dieselben aber zugleich die Natur eines Vertrages, und soweit diess der Fall ist, bedarf es zur Aenderung der Zustimmung sämmtlicher Actionäre, als der Vertragscontrahenten.

Ob und in wie weit die Statutenbestimmungen Vertragsrecht enthalten und daher dem Princip der Mehrheitsbeschlüsse entzogen seien, lässt sich kaum im allgemeinen beantworten, und namentlich erscheint es nicht im Einklang mit der heutigen Rechtsauffassung, gestützt auf die Vertragstheorie überhaupt jede Statutenänderung gegen den Willen einzelner Actionäre als unzulässig zu erklären, wie diess bei Renaud, Recht der Actiengesellschaften, 2. Aufl., 1875, S. 764, geschehen ist. Vielmehr erscheint es richtig, die Anhaltspunkte hiefür jeweilen durch Auslegung des Willens der Actionäre zu suchen (Munzinger, Motive z. Entw. eines schweiz. Handelsr., S. 128; Thöl, Handelsr., 5. Aufl., I. 1. § 163; Priemker in Endemann's Handb. des Handelsr. I. S. 570).

Mit der Gründung einer Actiengesellschaft ist nun stets die Zerlegung und Eintheilung des Grundcapitals in eine von vorneherein ziffermässig fest oder wenigstens grundsätzlich bestimmte Anzahl von Actien eines bestimmten Nominalbetrages verbunden, und hiedurch entsteht für jede Actie thatsächlich und rechtlich das Verhältniss einer bestimmten Quotität zum Grundcapital. Es kann indess nicht gesagt werden, dass diesem Verhältniss nach seiner Natur eine so wesentliche Bedeutung zukomme, dass dasselbe desswegen als unabänderlich erscheinen müsste. Wenn auch durch den Hinzutritt neuer Actien die Quote der Antheilsberechtigung für die bisherigen Actien entsprechend vermindert wird, so ist damit nicht ohne weiteres eine Verminderung des effectiven Antheils gegeben. Vielmehr wird als Regel gelten können, dass im Verhältniss der neu ausgegebenen Actien auch neue Activen geschaffen werden, welche in gleicher

Weise wie die bisherigen fruchtbar gemacht werden können. Neuere Rechtslehrer sprechen sich daher für die Zulässigkeit einer Erhöhung des Actiencapitals auch gegen den Willen einzelner Actionäre aus (so Keyssner, die Actiengesellschaften, Berlin 1873, S. 198/199, Endemann, das Recht der Actiengesellschaften, Heidelberg 1873, S. 61, anders dagegen ausser Renaud, a. a. O., Wiener, die Errichtung der Actiengesellschaft, in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. XXIV, S. 490). Das Mehrheitsprincip gilt ferner auch im deutschen Actiengesetz von 1884 (Art. 215 a. Abs. 2, verb. m. Art. 215, Abs. 2). Dasselbe ist nach Keyssner (a. a. O., S. 198, Note 6) der Fall beim englischen Recht, während das französische Recht, wie es scheint, die Zustimmung sämmtlicher Actionäre verlangt (Goldschmidts Zeitschr. XXIX, S. 468).

Das O. R. enthält hierüber keine ausdrückliche Bestimmung. Aus Art. 626 kann für diese Frage Nichts abgeleitet werden, denn es sind damit nur Vorschriften aufgestellt über die Formen, in denen ein Beschluss über Erhöhung des Actiencapitals eventuell, um Gültigkeit zu erlangen, festgestellt werden muss; darüber indess, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Beschluss sachlich zulässig sei, ist nichts bestimmt, und es kann daher jene Vorschrift ebenso gut nur auf den Fall bezogen werden, wo die Capitalerhöhung von Anfang durch die Statuten vorgesehen ist.

Art. 627 O. R. sanctionirt zunächst in Abs. 1 den Rechtsgrundsatz der Unverletzlichkeit wohlerworbener Rechte der Actionäre. In Abs. 3 ist sodann erklärt, dass eine Umwandlung des Gesellschaftszweckes der Minderheit nicht durch die Mehrheit der Actionäre aufgenöthigt werden könne, in dieser Hinsicht wird also ein Sonderrecht jedes Actionärs anerkannt. In Abs. 2 wird festgesetzt, dass eine Erweiterung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft durch Uebernahme verwandter Gegenstände oder eine Vereinigung (Fusion) mit einer anderen Gesellschaft, sofern die Statuten hierüber nichts anderes bestimmen, nur in einer Generalversammlung beschlossen werden können, in welcher die vom Gesetze näher bestimmte Anzahl von Actien vertreten seien. Auch diese Vorschrift (Abs. 2) erscheint Angesichts des Inhalts von Abs. 1 und 3 als unter dem Gesichtspunkte der Sonderrechte („wohlerworbene Rechte") des Actionärs aufgestellt, und es wird damit die Frage, ob die Zustimmung sämmtlicher Actionäre für jede Aenderung der Gesellschaftsverfassung nöthig sei, verneint. Nun erheischt aber schon die Erweiterung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft in manchen Fällen, ja sogar in

der Regel, thatsächlich zu ihrer Durchführung eine Vermehrung des Actiencapitals. Die „Fusion" aber ist sogar begriffsgemäss an die Voraussetzung geknüpft, dass die Actionäre der Gesellschaft, welche ihr Vermögen abtritt, als Gegenwerth neue Actien der Gesellschaft, welche die Fusion übernimmt, erhalten, so dass dabei die Erhöhung des Grundcapitals der letzteren unvermeidlich ist (Priemker a. a. O. S. 664). Wenn nun das Gesetz die Erweiterung des Geschäftsbereiches der Gesellschaft und die Fusion ausdrücklich dem Mehrheitsbeschluss der Actionäre unterstellt, mit welchen Operationen, sei es mit relativer, sei es mit absoluter Nothwendigkeit, eine Erhöhung des Actiencapitals verbunden ist, so folgt daraus, dass die Befugniss zu letzterer ebenfalls der Generalversammlung der Actionäre überlassen ist und dass ein wohlerworbenes Einzelrecht der Actionäre auf den Fortbestand der statutenmässigen Höhe des Actiencapitals vom Gesetz nicht anerkannt wird. (Uebereinstimmend Hafner, Commentar Art. 614 Nr. 7, anderer Meinung Haberstich, a. a. O. S. 495, der die Erhöhung des Grundcapitals nur dann für statthaft hält, wenn die Statuten dieselbe vorbehalten.) Demnach ist auch die Berufung des Klägers auf das Gesetz grundlos.

(Vgl. Blätter f. handelsrechtl. Entscheidungen Bd. X. S. 97 ff.)

---

118. *Société. Dissolution non régulière. Réclamation d'une dette sociale à un associé. Art. 564 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 11 juin 1891 d. l. c. Annuaire du commerce suisse c. Schaufelberger.

La maison Schaufelberger et Wyser a souscrit, pour le prix de 35 fr., à une annonce dans l'Annuaire du commerce suisse, et à un volume du dit annuaire. Aujourd'hui, l'Annuaire du commerce suisse réclame à Schaufelberger le paiement de cette somme, tandis que le défendeur conclut à son déboutement, en soutenant que la société Schaufelberger et Wyser n'étant pas dissoute régulièrement, il ne pouvait être recherché personnellement à raison d'une dette sociale. Le Tribunal de commerce a adjugé à la demanderesse ses conclusions.

Motifs: Attendu qu'il est constant que la société Sch. et W. est actuellement dissoute; que ce point ressort formellement d'une lettre en date du 7 avril 1891, écrite par le défendeur à l'avocat de sa partie adverse, en réponse à une demande de paiement qui lui fut adressée.

Qu'on remarque en effet, que le défendeur signe cette correspondance „Schaufelberger, de l'ancienne maison Schaufelberger et Wyser“, et qu'il y qualifie sieur Wyser de „son ancien associé“.

Attendu que la dissolution de la société Sch. et W. aurait dû être inscrite au Registre du commerce par les soins des associés; que ceux-ci n'ont, il est vrai, pas accompli cette formalité, mais qu'ils ne sauraient être admis à bénéficier de leur propre négligence.

Attendu, au surplus, que cette dissolution a été inscrite d'office au Registre du commerce à la date du 8 juin courant.

Attendu qu'aux termes de l'art. 564 C. O., les associés sont tenus, personnellement et solidairement, lorsque la société est dissoute, des engagements de la société.

---

119. *Competenz schweizerischer Gerichte zur Beurtheilung von Ehescheidungsklagen deutscher Staatsangehöriger. B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe vom 24. Dec. 1874, Art. 56.*

Baselstadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichts vom 24. December 1890 und 19. Februar 1891 i. S. Eheleute Nietmann.[1])

Der in Basel wohnhafte preussische Staatsangehörige Th. W. J. Nietmann klagte vor Basler Gericht auf Ehescheidung und berief sich zum Nachweise, dass Art. 56 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe einer Anhandnahme dieser Klage durch das Basler Gericht nicht entgegenstehe, auf eine Bescheinigung des Preuss. Justizministeriums d. d. Berlin 16. September 1890, welche erklärte, „dass zwar in Preussen keine Behörde besteht, welche berechtigt wäre, über die Anerkennung einer von schweizerischen Gerichten ausgesprochenen Ehetrennung eine die Behörden des Preussischen Staates und des Deutschen Reiches bindende Erklärung abzugeben, dass jedoch die allgemeine Frage, ob im Auslande erkannte Scheidungen diesseitiger, im Auslande wohnhafter Staatsangehöriger als rechtswirksam im Inlande anzusehen sind, bereits wiederholt Gegenstand der richterlichen Beurtheilung gewesen und ausweislich des Justiz-

---

[1]) Wir theilen diese Urtheile mit wegen der einlässlichen Erörterung der zwei einander entgegenstehenden Auffassungen über die Tragweite des Art. 56, dessen gegenwärtig vorherrschende Auslegung doch durch ihre Strenge zu vielen Bedenken berechtigt.

ministerialblattes für die Preuss. Gesetzgebung und Rechtspflege vom 30. März 1877 (S. 55 f.) von den meisten damaligen Preussischen Appellationsgerichten, namentlich auch von dem die Heimatprovinz des N. umfassenden vormaligen Appellationsgerichte — jetzt Oberlandesgericht — Celle bejaht worden ist." — Die beklagte Ehefrau liess sich auf die Klage ein, ohne die Competenz des Gerichts zu bestreiten. Dagegen der Staatsanwalt, welcher nach C. P. O. § 27 berechtigt ist, bei Ehescheidungsklagen selbständige Anträge zu stellen, beantragte, das Gericht habe sich incompetent zu erklären, da die Anerkennung eines Urtheils in Sachen durch Preussen nicht nachgewiesen sei. Das Civilgericht erklärte sich aber competent.

Motive: Die Parteien sind Ausländer und zwar preussische Staatsangehörige aus der Provinz Hannover. Das Gericht darf daher auf die Scheidungsklage nur eintreten, wenn nachgewiesen ist, dass Preussen das zu erlassende Urtheil anerkennt (B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe Art. 56). Dies ist von Amtswegen zu prüfen. Beide Parteien sind zwar damit einverstanden, dass das Basler Gericht die Scheidungsklage beurtheilt; dieses Einverständniss ist aber belanglos, denn in Ehescheidungssachen steht es nach der fast allgemein anerkannten Ansicht den Parteien nicht zu, durch ihre Zustimmungserklärung sich der Competenz eines an und für sich incompetenten Gerichts zu unterwerfen. Es hat aber auch die Staatsanwaltschaft den Antrag gestellt, das Gericht wolle sich incompetent erklären.

Die Parteien ihrerseits glauben zwar, durch Vorlage der erwähnten Bescheinigung des Preussischen Justizministeriums der Vorschrift des Art. 56 Genüge geleistet zu haben. Diese Erklärung kann aber höchstens als Indiz dafür angesehen werden, dass unter Umständen ein von einem schweizerischen Gericht erlassenes Scheidungsurtheil über deutsche Ehegatten in Deutschland anerkannt werden wird; einen Beweis, dass das zu erlassende Urtheil anerkannt werde, erbringt sie nicht, umsoweniger, als sie nur die Ansichten der preussischen Gerichte vor Inkrafttreten der deutschen Civilprocessordnung (1879) wiedergiebt und keine Garantie dafür vorliegt, dass diese Ansichten dieselben geblieben sind.

Der in Art. 56 cit. verlangte Nachweis braucht aber nicht mittelst einer bindenden Anerkennungserklärung seitens der auswärtigen Staatsbehörde erbracht zu werden. Es genügt, „wenn — wie das Bundesgericht zuerst 4. April 1876 in Sachen Graberg (b.-g. Entsch. V 264) festgestellt und

seither stets wiederholt hat (b.-g. Entsch. 1889 XV 125 ff. XVI 291. 293; König in Zeitschrift für schweizerisches Recht N. F. V p. 25; von Salis, Ehescheidungss. p. 36—40) — aus der Gesetzgebung oder der Gerichtspraxis des ausländischen Staates dargethan wird, dass die von dem auswärtigen Gerichte am Wohnort der Ehegatten ausgesprochene Scheidung anerkannt wird, bezw. anerkannt werden muss."

Aus der deutschen Judicatur liegen dem Gerichte nun keine Anhaltspunkte zur Erbringung des verlangten Nachweises vor; wohl wurden deutsche Ehegatten wiederholt von schweizerischen Gerichten geschieden und es ist nicht bekannt geworden, dass diese Urtheile von Deutschland nicht anerkannt worden wären. Daraus folgt aber die Anerkennung des zu erlassenden Urtheils noch nicht.

Nun ist jedenfalls durchaus verfehlt, aus dem Umstande, dass die in den Jahren 1879 ff. erfolgten Unterhandlungen behufs Abschluss eines Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Deutschland über die gegenseitige Anerkennung der Civilurtheile zu keinem Ziel geführt haben, schliessen zu wollen, Deutschland anerkenne schweizerische Ehescheidungsurtheile nicht. Denn wie sich aus einer Mittheilung des Hrn. Bundesrathes Welti ergiebt, war Deutschland sehr geneigt, einen die Anerkennung schweizerischer Ehescheidungsurtheile über Deutsche festsetzenden Staatsvertrag abzuschliessen (vgl. Zeitschrift für schweiz. Recht, neue Folge IV p. 589; Bundesbl. 1885 II 160; von Salis cit. p. 57). Der Nachweis aber, dass das vom Basler Gericht zu erlassende Scheidungsurtheil von Deutschland anerkannt werden wird, ergiebt sich direct aus der deutschen Gesetzgebung. Es handelt sich nämlich um die Frage: Wird das zu erlassende Urtheil, als ausländisches Urtheil, in Deutschland Grund einer Klage auf Ertheilung eines Vollstreckungsurtheils im Sinne der deutschen C. P. O. §§ 660. 661 sein? Ist dies der Fall, treffen bei dem zu erlassenden Urtheil sämmtliche in den beiden citirten Paragraphen festgestellte Voraussetzungen zu, so ist damit auch der Nachweis im Sinne des Art. 56 cit. erbracht; denn nach der deutschen C. P. O. muss alsdann der deutsche Richter das Vollstreckungsurtheil ohne Prüfung der Gesetzmässigkeit erlassen, und es ist von den deutschen Gerichten die Rechtskraft des zu vollstreckenden Urtheils des hiesigen Gerichts uneingeschränkt anzuerkennen (cf. Urtheil des deutschen Reichsgerichts Entsch. Civils. VII pag. 409). Was aber die in § 661 cit. aufgestellten Voraussetzungen anbelangt, so be-

darf es keiner weitern Erörterung, dass das zu erlassende Urtheil den Nr. 1. 2. 4. des § 661 genügen wird. Es frägt sich nur, ob etwa der Erlass eines deutschen Vollstreckungsurtheils auf Grund des hiesigen zu erlassenden Urtheils desshalb verweigert werden könnte, „weil nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staates nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört“ (§ 661 Nr. 3) oder weil „die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist“ (§ 661 Nr. 5).

Welcher der verschiedenen Interpretationen des § 661 Nr. 3 man den Vorzug geben will (cf. Wach, Handbuch des Civilprocessrechts I p. 231 ff.; Kohler in Buschs Zeitschrift für Civilprocess X p. 472), eine jede führt dazu, zu constatieren, dass die Bestimmung dieser Nr. 3 der Anerkennung des zu erlassenden Urtheils nicht entgegensteht. Denn es kann nicht in Zweifel gezogen werden, dass die Parteien, welche nun seit 14 Jahren ununterbrochen in Basel wohnen, hier den Mittelpunkt ihrer ganzen Existenz, demgemäss hier ihren Wohnsitz haben. Die von ihnen vorgelegte Bescheinigung des preussischen Justizministers sagt denn auch ausdrücklich, dass Kläger „in der Schweiz wohnhaft“ ist.

Aber auch die verlangte „Gegenseitigkeit“ ist „verbürgt“. Dies folgt klar aus § 258 der Basler C. P. O. Wenn es sich in Basel um die Vollstreckung eines auswärtigen Civilurtheils handelt, so kann das Basler Gericht in die Streitsache selbst nicht eintreten und es sind Einwendungen gegen die Gerechtigkeit oder Billigkeit des Urtheils unzulässig. Dieser Vorschrift genügt auch in jeder Hinsicht die Praxis des hiesigen Gerichts. Das Baselstädtische Recht anerkennt demnach auswärtige Civilurtheile als rechtskräftige Civilurtheile an. Gegen diese für Baselstadt sich ergebende verbürgte Gegenseitigkeit kann nicht eingewendet werden, dieselbe sei ungenügend, so lange nicht dieselbe Gegenseitigkeit für die übrigen Schweizercantone verbürgt ist. Denn es ist ja möglich, dass ein Canton etwa durch Staatsvertrag dem einen oder andern deutschen Bundesstaat gegenüber im Verhältniss der verbürgten Gegenseitigkeit steht (vgl. Staatsvertrag zwischen Aargau und Baden), während ihm andern deutschen Bundesstaaten gegenüber diese Gegenseitigkeit fehlt (vgl. Wach, Handbuch des deutschen Civilprocessrechts I p. 237; von Salis cit. p. 58). Und schliesslich darf auch nicht behauptet werden, dass die Gegenseitigkeit desshalb nicht vorhanden sei, weil ein deutsches Scheidungsurtheil

über schweizerische Ehegatten in der Schweiz nicht anerkannt würde. Inwiefern deutsche Gerichte Ehescheidungssachen schweizerischer Ehegatten beurtheilen können, ist eine durchaus offene Frage. Das Bundesgericht, welches allein competent ist, diese Frage endgiltig zu entscheiden, hat dies noch nicht gethan (cf. b.-g. Entsch. XV p. 126). Aber selbst, wenn die Frage zu verneinen wäre (für Verneinung Morel in Zeitschrift für schweiz. Recht N. F. VIII p. 381; für Bejahung Hafner, Revue VIII Nr. 3, von Salis in Zeitschr. für schweiz. Recht N. F. VIII p. 45), so würde dadurch die constatierte Gegenseitigkeit nicht aufgehoben. Denn die Gegenseitigkeit im Sinne des cit. § 661 setzt durchaus nicht voraus, dass die Gesetzgebung des auswärtigen Staates, um dessen Urtheile es sich handelt, gleich sei der Gesetzgebung des deutschen Reiches. Beschränkt man aber den Begriff der Gegenseitigkeit in engster Beziehung auf den jedesmaligen concreten Fall, so ergiebt sich sofort, dass die vorliegende Streitsache nicht mit dem Falle, in welchem Schweizer in Deutschland auf Scheidung klagen, in Verbindung gebracht werden darf, sondern nur mit dem Fall, wo Deutsche in Deutschland auf Scheidung klagen (cf. Entsch. des Reichsger. VII 407 ff.). Es genügt für die Verbürgung der Gegenseitigkeit, dass die Baselstädtische Gesetzgebung und Praxis im Princip Civilurtheile deutscher Gerichte als rechtskräftige Urtheile überhaupt anerkennt und dass deutsche Civilurtheile anlässlich der Vollstreckung in Basel keinen lästigeren Bedingungen unterworfen werden, als es die Bestimmungen der §§ 660. 661 der deutschen C. P. O. sind. Die Vergleichung des citierten § 258 der Basler C. P. O. ergiebt, dass dies nicht der Fall ist.

Auf Appellation der Staatsanwaltschaft hob das Appellationsgericht das erstinstanzliche Urtheil auf und wies die Klage ab.

M o t i v e: Das Bundesgericht hat sich schon wiederholt principiell dahin ausgesprochen, dass dem in Art. 56 B.-Ges. über Civilstand und Ehe aufgestellten Requisit Genüge geleistet sei, wenn aus der Gesetzgebung oder der Gerichtspraxis des betreffenden Staates nachgewiesen werde, dass das schweizerische Scheidungsurtheil dort anerkannt werden müsse, hat aber zu gleicher Zeit stets daran festgehalten, dass dieser Nachweis s t r i c t e erbracht sein müsse (vergl. u. a. b.-g. Entsch. i. S. Eheleute Kreuzmann v. 3. Mai 1890 u. Eheleute Tiarks v. 13. Juni 1890).

Ein solcher stricter Nachweis kann aber im vorliegen-

den Falle nicht als vorhanden angenommen werden. Das erstinstanzliche Urtheil hebt selbst hervor, dass die Frage, ob schweizerische Eheleute durch ausländische Gerichte geschieden werden können, bezw. ob ausländische Scheidungsurtheile über schweizerische Eheleute in der Schweiz vollzogen werden dürfen, eine durchaus offene sei, weil das Bundesgericht, welches allein competent sei, diese Frage endgiltig zu entscheiden, dies noch nicht gethan habe. Zieht man nun aber hiezu in Betracht, dass nicht nur einzelne cantonale Gerichte die obige Frage auf Grund von Art. 43 Abs. 2 B.-Ges. über Civilstand und Ehe verneint haben, sondern dass auch der Bundesrath sich auf Anfragen cantonaler Behörden hin wiederholt dahin ausgesprochen hat, dass ausländische Scheidungsurtheile über schweizerische Eheleute als nichtig zu betrachten seien und auf dem Gebiete der Schweiz keine Vollziehung finden können; dass zwar einzelne schweizerische Schriftsteller diese bundesräthliche Auffassung als unrichtig angefochten, andere dagegen dieselbe als durchaus dem Art. 43 des Bundesgesetzes entsprechend vertheidigt haben; — so muss es bei dieser Sachlage zum Mindesten als zweifelhaft erscheinen, ob ein deutsches, um Vollziehung angegangenes Gericht in unserem Falle die Gegenseitigkeit als in der Schweiz „verbürgt“ ansehen und demgemäss das hiesige Scheidungsurtheil auf Grund der §§ 660 und 661 der C. P. O. für das Deutsche Reich vollstrecken würde. Freilich fügt das erstinstanzliche Urtheil im Weitern bei, dass es in unserm Falle auf die obige Frage überhaupt nicht ankomme, weil die Gegenseitigkeit, welche in § 661. 5 l. cit. verlangt werde, keineswegs voraussetze, dass die Gesetzgebung des auswärtigen Staates, um dessen Urtheile es sich handle, der Gesetzgebung des Deutschen Reiches in dieser Beziehung gleich komme; dass man vielmehr den Begriff der Gegenseitigkeit in engster Beziehung auf den jedesmaligen concreten Fall beschränken müsse, wonach dann die vorliegende Streitsache nicht mit dem Falle, in welchem Schweizer in Deutschland auf Scheidung klagen, in Verbindung gebracht werden dürfe, sondern nur mit dem Falle, wo Deutsche in Deutschland auf Scheidung klagen. Allein es liegen keinerlei Anhaltspunkte dafür vor, dass diese „engste“ Auffassung des Gegenseitigkeitsbegriffs wirklich die in der deutschen Gerichtspraxis herrschende sei. Jedenfalls kann für dieselbe nicht der im erstinstanzlichen Urtheil angeführte reichsgerichtliche Entscheid vom 19. Mai 1882 (VII 407) geltend gemacht werden, da in demselben gerade diese Frage

ausdrücklich offen gelassen wird. Dagegen bezeichnen verschiedene Commentatoren der deutschen C. P. O. die im erstinstanzlichen Urtheil vertretene Auffassung des Gegenseitigkeitsbegriffs geradezu als eine unrichtige, und es ergiebt sich überhaupt aus der bezüglichen deutschen Litteratur, dass über das in Art. 661 Ziff. 5 der deutschen C. P. O. aufgestellte Erforderniss des Verbürgtseins der Gegenseitigkeit noch andere sehr erhebliche Controversen bestehen. Unter diesen Umständen kann aber der stricte Nachweis, dass in unserem Falle ein hiesiges Scheidungsurtheil in Deutschland auf Grund des Art. 661 Ziff. 5 der deutschen C. P. O. anerkannt werden müsse, nicht als geleistet angesehen werden, und das Bundesgericht hat sich denn auch neulich in einem analogen Fall (Urtheil in Sachen Eheleute Kreuzmann, XVI. 287 ff.) folgendermassen ausgesprochen (folgt der in Revue VIII Nr. 96 abgedruckte Passus).

Da nun die St. Gallische Gesetzgebung in Bezug auf die Vollstreckung auswärtiger Urtheile principiell auf dem gleichen Boden steht, wie die hiesige Civilprocessordnung, so darf das citierte bundesgerichtliche Urtheil auch für unsern Fall als massgebend angesehen werden.

Bemerkung der Redaction. Es will uns scheinen, dass durch die Argumentation des Appellationsgerichts die Auffassung des Civilgerichts nicht widerlegt wird, und zwar desshalb nicht, weil der Richter zweiter Instanz etwas zu widerlegen sucht, was die erste Instanz gar nicht gesagt hat; denn das Civilgericht stellt durchaus nicht (wie der zweitinstanzliche Richter annimmt) darauf ab, dass die richtige Auffassung des Begriffs der verbürgten Gegenseitigkeit diejenige sei, welche diesen Begriff in engster Beziehung auf den jedesmaligen vorliegenden Fall beschränkt; das erstinstanzliche Urtheil sagt nur nebenbei, wenn man diese Beschränkung für die richtige Auffassung halte, so wäre jedenfalls dem cit. § 661 Nr. 5 ein Genüge gethan. Das Hauptgewicht legte der erste Richter auf den nächstfolgenden Satz (Es genügt — der Fall ist), und hierauf ist der zweitinstanzliche Richter gar nicht eingetreten. Aus der Erörterung des ersten Motives ergiebt sich, dass, auf welche Art man auch den Begriff der verbürgten Gegenseitigkeit interpretiert, stets diese Gegenseitigkeit zutrifft, ausgenommen in dem Fall wo behauptet wird, die Gegenseitigkeit fehle, weil schweizerische Ehegatten ihrerseits sich in Deutschland nicht können scheiden lassen. Also hierüber hätte sich das Appellationsgericht, ev. das Bundesgericht aussprechen sollen. Auf Beschwerde der Parteien hatte sich nämlich auch das Bundesgericht mit der Sache zu befassen: es wies am 16. Mai 1891 die

Beschwerde als unbegründet ab, mit einfacher Verweisung auf den Fall der Eheleute Kreuzmann, mit welchem der vorliegende Fall in allen wesentlichen Punkten übereinstimme. Wir können dies nicht finden. Denn der Standpunkt des citierten § 258 der Basler Civilprocessordnung ist principiell ein sehr verschiedener von dem des § 246 der St. Galler Civilprocessordnung. Das St. Galler Recht erkennt ausländische Urtheile an, falls Gegenrecht zugesichert ist oder auf glaubhafte Weise dargethan wird; das Basler Recht dagegen erkennt ausländische Urtheile an, auch ohne dass Gegenrecht besteht. Nicht zu bestreiten ist endlich der Satz, dass das deutsche Recht nicht verlangt, dass die Gegenseitigkeit für die ganze Schweiz vorhanden sein müsse, ansonst sie überhaupt nicht bestehe; denn wie wären sonst Specialverträge zwischen einzelnen Cantonen mit einzelnen deutschen Staaten möglich über die gegenseitige Anerkennung der Urtheile? Diesen Punkt übersieht das Bundesgericht und mit ihm das Appellationsgericht.

---

120. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. B.-G. v. 25. Juni 1881 Art. 2 und 6.*

Glarus. Urtheil des Civilgerichts v. 23. März 1891 i. S. Jenni c. Gebr. Blumer.

K. Jenni, 34 Jahre alt, seit 24. Februar 1890 in der Fabrik der Gebr. Blumer als Heizer und Russer angestellt, hatte von diesen den Auftrag erhalten, das grosse Fabrikkamin zu russen. Er liess sich von Schlosser Zopfi ein Schutztuch um Mund und Nase binden und begab sich in das Kamin. Nach kurzer Arbeit musste er das Kamin von höchster Athemnoth gequält verlassen und sank unten angekommen ohnmächtig zusammen. Zopfi band ihm das Schutztuch los und leistete ihm die erste Hilfe, bis er nach Hause gebracht werden konnte, wo er nach zwei Tagen starb, nach ärztlichem Befund in Folge der Einathmung von Kohle und Russ und der dabei sich entwickelnden Gase. Er hinterliess eine Witwe und zwei Kinder in ärmlichen Verhältnissen. Diese verlangten nun das Maximum der gesetzlichen Entschädigung mit Fr. 6000, da weder ein Verschulden des Verunglückten noch ein Zufall anzunehmen sei, letzterer nicht, weil die tödtliche Einwirkung der Gase keineswegs undenkbar, nach menschlicher Berechnung und Annahme unmöglich war, vielmehr Verschulden der Bekl. vorliege, indem sie unterlassen hätten, Vorschriften für die Ausübung der bezüglichen Arbeiten zu erlassen und dem Verunglückten

gehörige Schutzvorrichtungen zur Verfügung zu stellen. Beklagte verlangten bedeutende Reduktion der Klagforderung, weil das Unglück, wenn nicht aus eigenem Verschulden des Jenni, so dann jedenfalls aus Zufall entstanden sei, indem es sich lediglich als eine Folge der beim normalen Betriebe der Fabrik und bei der gewöhnlichen Ausführung dieser Arbeit sich ergebenden Gefahren qualificiere. Für ein Verschulden des Jenni beriefen sie sich darauf, dass das ärztliche Gutachten bestimmt annehme, es müsse der Verunglückte während der Arbeit im Kamin das Schutztuch gelüftet haben. — Das Gericht sprach den Klägern 5000 Fr. zu.

Motive: Im Grundsatz ist das klägerische Begehren gutzuheissen, indem der Causalzusammenhang zwischen dem Unfalle und dem Tode des Jenni festgestellt ist. Dagegen ist der eingeklagte Betrag von Fr. 6000 zu reducieren, weil 1. der Annahme des ärztlichen Gutachtens, wonach die Lüftung des Schutztuches als bestimmt vorausgesetzt wird, nichts entgegensteht, 2. der ärztliche Obductionsbericht zudem constatiert, dass Jenni mit einem Herzfehler behaftet war, mit welchem er zwar wahrscheinlich noch viele Jahre hätte leben können, woraus jedoch der Arzt den Schluss zieht, dass Jenni in Folge dieses Fehlers die Krisis nicht überstanden habe, wiewohl immerhin die directe Todesursache auf die Einathmung der Masse Russ und Kohlenstaub und der damit vermischten Gase zurückzuführen sei; 3. dass die eigene Erwerbsfähigkeit der Witwe und das Alter ($11^1/_2$ und $8^1/_2$ Jahre) der Kinder in Betracht fällt.

---

121. *Patentrecht. Provisorisches Patent. Klage auf Nichtigkeit desselben. Durch die Patentertheilung wird dem richterlichen Urtheil über die Erfordernisse des Vorhandenseins einer Erfindung und deren Darstellbarkeit durch ein Modell nicht präjudicirt. B.-Ges. betr. die Erfindungspatente v. 29. Juni 1888, Art. 10, 14 Ziff. 3, 18, 30.*

Zürich. Urtheil des Handelsgerichts v. 30. Januar 1891 i. S. Passavant-Iselin c. Kristoffowitsch in Paris.

Der Beklagte erhielt vom eidgenössischen Amt für geistiges Eigenthum das provisorische Patent No. 1900, datirt 24. Dez. 1889. Als Gegenstand der Erfindung wird genannt: „Pierres à moulures en pyrogranit.“ Die ins Patent aufgenommene Beschreibung der Erfindung geht auf die Herstellungsart detaillirt ein. Das Product stellt sich dar als

eine durch Schmelzen verschiedener Thonerden erhaltene Masse, die an Härte dem Granit Nichts nachgeben soll.

Die patentrechtlichen Vertreter des Beklagten in der Schweiz hatten s. Zt. zunächst ein Patent für „granit artificiel, dit pyrogranit“ nachgesucht, wurden aber abgewiesen, da dasselbe nicht durch ein Modell darstellbar sei. Sie reichten dann ein neues Gesuch ein, in welchem jede Beschreibung des Verfahrens weggelassen war, das Amt verlangte aber unter Hinweis auf Art. 5 der Vollziehungsverordnung vom 12. Oct. 1888 (A. S. N. F. X, S. 781 ff.), wonach der Patentanspruch sich nur auf einen Hauptgegenstand beziehen darf, die Formulirung des Patentes auf eine allgemeine Bauform, wie z. B. „plaques en pyrogranit“ oder „pierres à moulures en pyrogranit“. Letztere Formulirung acceptirten die Vertreter des Beklagten.

Der Kläger verlangte Nichtigerklärung des dem Beklagten ertheilten provisorischen Patentes, hauptsächlich, weil keine „Erfindung“ im Sinne des Gesetzes vorhanden sei, und sie durch Modelle nicht darstellbar sei. Der Beklagte bestritt das Vorhandensein von Nichtigkeitsgründen und ebenso die Legitimation des Klägers zur Klage wegen Mangels eines „rechtlichen Interesses“ im Sinne von Art. 10 des Gesetzes.

Die Klage wurde gutgeheissen und demnach das Patent des Beklagten als nichtig erklärt.

Motive: 1. Nach Art. 10 des Patentgesetzes hat der Kläger ein „rechtliches Interesse“ an der Nichtigkeitsklage nachzuweisen. Wörtlich genommen kann als solches nur ein Interesse gelten, welches der Kläger vom Standpunkte des Rechtes aus betrachtet an der Sache hat, in dem Sinne, dass je nach der Existenz oder Nichtexistenz des Patentes seine Rechte entweder an sich oder bezüglich ihrer Verfolgung eine Veränderung erleiden. Es dürfte nun dem Kläger allerdings in diesem Sinne ein Interesse an der Nichtigerklärung des Patentes zugestanden werden, insofern als letzteres, als ein Privatmonopol, in gewissem Masse eine Beschränkung des Rechtes auf freie Ausübung jedes an sich erlaubten Gewerbes bedeutet, welches Recht als ein sog. „individuelles“ oder „Freiheitsrecht“ aus der in Art. 31 der Bundesverfassung gewährleisteten Gewerbefreiheit fliesst. Indess kann das vom Gesetze verlangte „rechtliche Interesse“ schwerlich in der wörtlichen Strenge genommen werden, da die französische und die italienische Gesetzesausgabe nur von einem „Interesse“ überhaupt sprechen („toute personne intéressée“ — chiunque vi abbia interesse“), gemäss Art. 116 der Bundesver-

fassung die drei Gesetzestexte sich aber in der legislativen Kraft gleichstehen, so dass sie in ihrer Gesammtheit interpretirt werden müssen. Demnach wird es als Meinung des Gesetzes angesehen werden müssen, dass schon ein „Interesse“ im gewöhnlichen Sinne zur Klage legitimire, d. h. ein solches, welches von der Art und Bedeutung ist, um eine gerichtliche Entscheidung zu rechtfertigen. Ein solches Interesse steht nun dem Kläger ohne Zweifel zu; denn als Inhaber von Thonwaarenfabriken ist derselbe Concurrent in dem Geschäftszweige, den das streitige Patent beschlägt, und es hat daher für ihn einen wirthschaftlichen Nutzen, die patentirte Erfindung, falls sie gewerblich verwerthbar ist, auch für sich verwenden zu können, sowie auch das Patent desshalb zu Fall zu bringen, weil dasselbe, wie er ausführt, seinem Concurrenten ein specielles, dem Kläger nicht offenstehendes Mittel zur Reclame an die Hand giebt. Schliesslich ist bei Beurtheilung des Interesse des Klägers wohl zu beachten, dass es, wie Meili, die Principien des Schweiz. Patentgesetzes, Zürich 1890 (S. 86) zutreffend ausführt, kaum im Sinn und Geist des Gesetzes wäre, bei Beurtheilung dieser Frage einen engen und ängstlichen Massstab anzulegen. Die Sachrechtfertigung des Klägers ist daher zu bejahen.

2. Die Nichtigkeitsklage hat ohne Zweifel auch Bezug auf provisorische Patente; Art. 10 spricht diesbezüglich von dem „ertheilten Patent“ überhaupt, und dass bei dieser allgemeinen Fassung die provisorischen Patente einbegriffen sind, geht u. a. daraus hervor, dass das Gesetz anderweitig, wo von den „Patenten“ gesprochen wird, erläuternd beifügt „provisorische und definitive“, so in Art. 18 und 23. Der Kläger hat auch ein Interesse an der Nichtigkeitsklage, weil das provisorische Patent dem Beklagten ein Prioritätsrecht auf Erwerbung eines definitiven gewährt (Art. 16 u. Meili a. a. O. S. 78).

3. Der Beklagte irrt, wenn er annimmt, dass die Prüfung der Frage, ob das, was patentirt sei, eine Erfindung bilde, dem Gerichte entzogen sei. Allerdings ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Aufzählung der Nichtigkeitsgründe in Art. 10 des Gesetzes als eine erschöpfende betrachtet habe. Der vom Kläger urgirte Grund ist nun dort freilich nicht ausdrücklich genannt, immerhin nimmt das Gesetz bei jedem der bezeichneten Nichtigkeitsgründe Bezug auf den Begriff der „Erfindung“, worunter natürlich eine solche im Sinne des Patentgesetzes zu verstehen ist, so dass der Wortlaut auch nicht unbedingt gegen die Interpre-

tation des Beklagten spricht. Art. 18 des Patentgesetzes bestimmt sodann ausdrücklich, dass die Patente „auf Verantwortlichkeit des Gesuchstellers und ohne Gewährleistung des Vorhandenseins .... der Erfindung“ ausgestellt werden. Hiedurch ist das Wesen des vom Gesetze adoptirten Systems in der Durchführung des Erfindungsschutzes gekennzeichnet, welches darauf beruht, dass die Patentertheilung keinerlei Garantie für den Rechtsbestand des damit beurkundeten Urheberrechts enthält, sondern nur an die Voraussetzung geknüpft ist, dass der Gesuchsteller einzelne vom Gesetze angeordnete Formalien erfüllt habe, während der Entscheid über die materielle Begründetheit des Anspruches im Streitfalle Rechtssache sein soll. Dass nun hiezu, und zwar in erster Linie, die Prüfung der Frage gehört, ob dasjenige, wofür der Erfindungsschutz beansprucht wird, seinem Wesen nach überhaupt eine Erfindung sei im Sinne des Gesetzes, darf, da im Uebrigen ja von einem Rechtsschutze nicht die Rede sein kann, als selbstverständlich betrachtet werden. Dies mag auch erklären, dass dieser Punkt bei Erwähnung der Nichtigkeitsgründe in Art. 10 des Gesetzes nicht ausdrücklich berührt wurde. Die Richtigkeit dieser Auffassung, welche in der citirten Schrift von Meili (a. a. O. S. 51, 79; s. auch Botsch. des Bundesrathes vom 20. Januar 1888, Bbl. 1888, I. S. 247) mit Entschiedenheit vertreten ist, wird endlich bestätigt durch das Urtheil des Bundesgerichts vom 12. Juli 1890 i. S. Müller gegen Goar, Erwäg. 3 (A. S. XVI, S. 592 ff., s. Revue VIII, No. 94).

Ebensowenig ist mit der Ertheilung des Patentes der Frage präjudicirt worden, ob das Requisit der Darstellbarkeit durch ein Modell vorliege oder nicht; auch hierüber hat im Streitfalle das Gericht zu erkennen. Art. 10, Ziff. 4 des Gesetzes nimmt auf das Requisit des Modelles in einer Weise Bezug, welche dessen Unerlässlichkeit ausser Zweifel setzt. Ebensowenig hält die Berufung des Beklagten auf den Bundesrathsbeschluss vom 6. März 1889 Stich. Zutreffend ist vom Kläger hervorgehoben worden, dass dieser Beschluss das Erforderniss der Modelldarstellbarkeit gerade bestätigt, indem er für die dort genannten Fälle die bleibende Hinterlegung des Modells fordert.

Wenn im Beschluss im Uebrigen von „Erfindungen“ die Rede ist, „welche wesentlich gekennzeichnet sind durch die Herstellung ihres Gegenstandes aus .... bestimmten Stoffen oder Stoffverbindungen, deren Identificirung Schwierigkeiten bietet,“ so scheint diese Umschreibung, obschon sie etwas

unklar ist (Meili a. a. O., S. 41), allerdings für das streitige Patent durchaus zu passen; allein daraus folgt mit nichten, dass Patente, bei denen es sich beispielsweise in Wirklichkeit um ein Verfahren handelt, von den Gerichten geschützt werden können. Sofern der in Frage stehende Bundesrathsbeschluss in der That in diesem Punkte den Rahmen des Gesetzes überschreiten sollte, so ist derselbe selbstverständlich für die Gerichte unverbindlich, da er nicht etwa als eine „authentische Interpretation“ des Gesetzes betrachtet werden könnte. Es muss hier aber darauf verwiesen werden, dass nach dem System des Gesetzes der Verwaltungsbehörde bezüglich des Materiellen des Patentes lediglich ein gewisses Vorprüfungsrecht zusteht, verbunden mit der Pflicht, den Gesuchsteller auf etwaige Mängel aufmerksam zu machen, im Uebrigen aber diesem das Patent nicht verweigert werden kann, wenn er die gesetzlichen Formalien erfüllt hat, so dass es gerechtfertigt sein mochte, das Verfahren gegenüber der materiellen Begrenzung des Erfindungsschutzes möglichst frei zu gestalten.

4. Als Gegenstand der durch das streitige Patent dem Beklagten zugetheilten Erfindung ist das zu betrachten, was sich nach dem Patente als solche darstellt; darnach sind „pierres à moulures en pyrogranit“ Gegenstand der Erfindung, und hierunter sind nach den weiteren Ausführungen des Beklagten „Gesimssteine“ aus Pyrogranit zu verstehen, und der Beklagte betont, dass er das Urheberrecht nicht für das im Patente beschriebene Herstellungsverfahren, sondern für das genannte Product in der bezeichneten Form beanspruche. Nun sind es aber nicht die speziellen Eigenschaften dieser „gemodelten Steine“ aus Pyrogranit, welche das Product als solches characterisiren, sondern in Wahrheit ist es das Verfahren, dessen Resultat jene bilden; die Eigenschaften sind eine nothwendige Folge der Herstellungsprocedur. Einzig die äussere, lineare oder figurale Form des Products bildet einen selbständigen, mit dem Wesen des Verfahrens nicht innerlich zusammenhängenden Faktor. Die Form als solche ist jedoch für den streitigen Gegenstand nach den eigenen Ausführungen des Beklagten ohne Bedeutung und für sich indifferent. Der Beklagte beansprucht nicht ein Vorrecht auf bestimmte Formen als solche, sondern nur in deren Zusammenhang mit dem Product, d. h. auf das Product in jener äusseren Form. Von einer Erfindung der „allgemeinen Bauform der Gesimssteine“ könnte übrigens auch nicht gesprochen werden, da hierin kein

schöpferischer Gedanke läge, diese allgemeine Form vielmehr wohl so alt ist, wie die menschliche Kultur. Wenn aber damit die einzelnen Spezialformen gemeint sein sollen, in denen Gesimssteine möglich sind, so behauptet der Beklagte wiederum selbst nicht, eine „Erfindung“ in dieser Richtung gemacht zu haben. Ferner könnte ein Urheberrecht für einzelne, nicht constructive Formen, wohl nur, sei es vom Gesichtspunkte der Originalität einer merkantilischen Idee, sei es vom ästhetisch practischen Standpunkte aus, in Betracht kommen, in diesen Beziehungen würde indess nicht die Materie des Erfindungsschutzes, sondern das Recht des Marken- bezw. Muster- und Modellschutzes Platz greifen. Unter allen Umständen müsste, soweit ein Vorrecht auf bestimmte Formen Gegenstand des Erfindungsschutzes bilden könnte, eine gewisse Bestimmtheit des Anspruches und Konkretheit der Form verlangt werden; denn offenbar würde es nicht angehen, den Erfindungsschutz gestützt auf einen möglichst allgemein gehaltenen Anspruch auszudehnen auf alle denkbaren Einzelformen eines konstructiven oder architectonischen Elementes, wie der „Gesimse“. — Das Wesen der streitigen Erfindung ist demnach allein in einem „Verfahren“ zu finden.

Nun kann kein begründeter Zweifel darüber herrschen, dass bei Erlass des Patentgesetzes bestimmt und klar der Wille waltete, alle Verfahrungsarten vom Erfindungsschutze auszuschliessen (Botschaft des B. R. zum Gesetz in Bbl. 1888. I. S. 243. Meili a. a. O., S. 30 ff.); denn der Schutz einer Erfindung ist daran geknüpft, dass sie „durch ein Modell dargestellt“ ist. Zwar gehört es gerade zum Wesen der provisorischen Patente, dass der Erwerber gemäss Art. 16 des Gesetzes vom Ausweis über die Existenz des Modells befreit ist; allein der hieraus vom Beklagten gezogene Schluss, dass die Klage zur Zeit abgewiesen werden müsse, beruht auf einem Irrthum. Wo von Anfang an feststeht, dass eine wesentliche Forderung des Gesetzes niemals erfüllt werden kann, ist auch der Anspruch auf den Rechtsschutz, welchen das Gesetz provisorischen Patenten giebt, unbegründet, dieser kann logischer Weise überhaupt nur für Erfindungen gewährt werden, welche virtuell solche sind, und nach der Meinung des Gesetzes an sich definitiv patentirbar sind (Meili, a. a. O., S. 43).

Nun muss aber die Frage, ob die Erfindung des Beklagten durch Modell dargestellt werden könne, verneint werden. Unter „Modell“ versteht das Gesetz (Art. 14, Ziff. 3)

„die Ausführung der Erfindung oder eine andere körperliche Darstellung derselben, welche deren Wesen klar erkennen lässt.“ Bildet ein Verfahren den Gegenstand der Erfindung, wie es hier der Fall ist, so dürfte kein Zweifel darüber bestehen, dass die Darstellung durch ein Modell unmöglich ist, und der Beklagte giebt letzteres auch selbst zu. — Würde man aber das Resultat des Verfahrens, den als Gesimsstein (pierres à moulures) gemodelten Pyrogranit als Gegenstand der Erfindung betrachten, so wäre die Herstellung eines „Modells“ ebenfalls nicht möglich. Ein Gesimsstein mit irgend einer speziellen Form vermöchte diesen Zweck nicht zu erfüllen, da nicht einzelne Spezialformen, sondern die allgemeine Bauform des „Gesimses“, d. h. das hiemit bezeichnete architectonische und constructive Element in seiner Anwendung auf den Stoff Pyrogranit Gegenstand des Patentes bildet. Würde man aber endlich davon ausgehen, es sei der Patentanspruch auf alle überhaupt möglichen einzelnen Spezialformen von Pyrogranit-Gesimssteinen gerichtet, so wäre eine Darstellung derselben weder durch ein einzelnes Modell noch durch eine Mehrzahl solcher möglich, weil die Vorstellungskraft ausser Stande ist, das Unendliche, Unbegrenzte zu erfassen.

Ebenso unmöglich ist es aber auch anderseits, aus irgend einem Stück Pyrogranit das Wesen des letzteren „klar zu erkennen“; denn dieses besteht ja nicht in den wahrnehmbaren Eigenschaften des Products, sondern in der eigenartigen Verbindung der darin enthaltenen Stoffe, namentlich im verwendeten Verfahren; die Herstellungsvorgänge aber, die eben das „Fabrikgeheimniss“ bilden, sind offenbar auch für den Techniker am Product nicht wahrnehmbar. Die streitige Erfindung entbehrt demnach des zu ihrem Schutze unter allen Umständen nöthigen Requisites der Modelldarstellbarkeit, die Klage ist also gutzuheissen.

(Vgl. Blätter für handelsrechtl. Entsch. Bd. X. S. 65 ff.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesverfassung.

II. Obligationenrecht.

XIII. *Bundesgesetz über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten* vom 22. Nov. 1850.
Art. 192 lit. c, Nr. 12.

XIV. *Concordat über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse* vom 15. Juli 1822.
Nr. 25. 45.

XV. *Concordate über Concursrecht* vom 15. Juni 1806 und vom 7. Juni 1810.
Nr. 109.

XVI. *Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich* vom 15. Juli 1869.
Art. 1, 13, 16, Nr. 24. 43.

XVII. *Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland* vom 31. Mai 1890.
Art. 8, Nr. 81.

III. Register nach Cantonen geordnet.

Zürich.

Nr. 14 (Art. 50 O. R.). — Nr. 19 (Art. 585 f. O. R.). — Nr. 23 (Fabrikhaftpflichtges. Art. 9 Abs. 3). — Nr. 49 (Art. 50, 55, 62 O. R.). — Nr. 52 (Art. 335 O. R.). — Nr. 58 (Eheges. Art. 56). — Nr. 83 (Art. 147 O. R.). — Nr. 84 (Art. 243 O. R.). — Nr. 88 (Fabrikhaftpflichtges.). — Nr. 89 (Ausdehnung der Haftpflicht). — Nr. 117 (Art. 627 O. R.). — Nr. 121 (Patentgesetz).

Bern.

Nr. 17 (Art. 215, 224, 846 O. R.). — Nr. 115 (Art. 422 O. R.).

Luzern.

Nr. 15 (Art. 184, 406 O. R.). — Nr. 113 (Art. 285 O. R.).

Glarus.

Nr. 120 (Fabrikhaftpflichtges.).

Baselstadt.

Nr. 16 (Art. 210, 264 O. R.). — Nr. 22 (Fabrikhaftpflichtges. Art. 12). - Nr. 53 (Art. 512 O. R.). — Nr. 87 (franz. schweiz. Convention über Urheberrecht). — Nr. 119 (Eheges. Art. 56).

Schaffhausen.

Nr. 25 (Concordat über Erbrechtsverhältnisse).

St. Gallen.

Nr. 59 (Markenschutzgesetz).

Aargau.

Nr. 71 (Art. 264 O. R.).

Thurgau.

Nr. 18 (Art. 358 O. R.). — Nr. 55 (Art. 734, 183 O. R.). — Nr. 86 (Art. 508 O. R.). — Nr. 111 (Art. 55 O. R.).

Vaud.

Nr. 20 (Loi féd. sur le mariage). — Nr. 56 (Art. 716 C. O.). — Nr. 85 (Art. 283 C. O.). — Nr. 114 (Art. 18, 50, 292 C. O.).

Neuchâtel.

Nr. 24 (Convention franco-suisse). - Nr. 50 (Art. 65 C. O.). — Nr. 54 (Art. 512 C. O.). — Nr. 112 (Art. 62 C. O.).

Genève.

Nr. 13 (Art. 50 C O.). — Nr. 21 (Loi féd. sur le mariage). — Nr. 51 (Art. 136 C. O.). — Nr. 57 (Art. 834, 791 C. O.). —- Nr. 82 (Art. 50 C. O.). — Nr. 90 (Fabrikhaftpflichtges.) — Nr. 116 (Art. 502 s. C. O.). -- Nr. 118 (Art. 564 C. O.).

37

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

X. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

Xe Volume.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1892.

Revue

der

Gerichtspraxis im Gebiete

des

Bundescivilrechts.

X. Band.

Revue

de la

jurisprudence en matière

de

droit civil fédéral.

Xe Volume.

Beilage zur Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band XI.

Basel.
R. Reich vormals C. Detloff's Buchhandlung.
1892.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

1. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilsachen, Fixirung des Streitwerthes.*

Der Streitwerth bemisst sich nach den Anträgen der Parteien, wie dieselben sich vor der letzten kantonalen Entscheidung gegenüberstanden. Es kann nichts darauf ankommen, ob dieselben nach den gesetzlichen Bestimmungen und der Auffassung des Gerichts haltbar sind oder nicht, und ob die Parteien sich mehr oder weniger Hoffnung machten oder machen konnten, mit ihren Forderungen durchzudringen. (Entsch. v. 11. September 1891 i. S. Büchi c. Brunner.)

2. *Anwendung des Rechtes in Rücksicht auf seine örtlichen Grenzen bei obligatorischen Rechtsverhältnissen. Allgemeine Grundsätze. Abschluss eines von Ausländern im Ausland zu erfüllenden Vertrages in der Schweiz. Inkompetenz des B.-Gerichtes als Oberinstanz zur Beurtheilung von Civilstreitigkeiten, welche nach ausländischem Rechte zu entscheiden sind.*

Wie das B.-Gericht schon wiederholt ausgesprochen hat,[1] ist, rücksichtlich der örtlichen Rechtsanwendung, grundsätzlich festzuhalten, dass die der Parteiwillkür anheimgegebenen Wirkungen eines obligatorischen Rechtsgeschäftes nach demjenigen örtlichen Rechte zu beurtheilen sind, welches die Parteien beim Geschäftsabschlusse als hiefür massgebend entweder wirklich betrachteten oder dessen Anwendung sie doch vernünftiger- und billigerweise erwarten konnten und mussten. Allerdings ist nun der Vertrag, wegen dessen Nichterfüllung geklagt wird, in der Schweiz abgeschlossen worden und hat der Beklagte sein persönliches Domizil in der Schweiz. Allein nichts desto weniger erscheint es völlig ausgeschlossen, dass die Parteien für die Wirkungen des Vertrages schweizerisches Recht als massgebend betrachtet haben oder vernünftiger- und billigerweise haben betrachten können und müssen. Denn

[1]) Revue IX Nr. 36.

der Vertrag bezieht sich auf die Vertretung des **deutschen** Handelsetablissements des Beklagten in **Frankreich**. Er ist vom Beklagten nicht als in der Schweiz domizilirter Privatmann, sondern als Inhaber einer deutschen Handlungsfirma abgeschlossen worden und war von ihm nicht von seinem persönlichen Domizile in der Schweiz, sondern von seiner deutschen Handelsniederlassung, in **Ravensburg**, aus zu erfüllen. Die stipulirte Thätigkeit des Klägers, als Vertreters des beklagtischen Hauses sodann, sollte ihren Sitz ebenfalls nicht in der Schweiz, sondern im Wohnortsstaate des Klägers, in **Frankreich**, haben. Das Geschäft war also normalerweise, nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien, durchaus ausserhalb des schweizerischen Gebietes abzuwickeln; der Vertrag ist überhaupt nicht zwischen einem schweizerischen Handlungshause und einem auswärtigen Geschäftsfreunde, sondern zwischen einer deutschen Firma und ihrem französischen Vertreter abgeschlossen. Seine Wirkungen entziehen sich daher, trotz des zufälligen Umstandes, dass der Vertragsabschluss in der Schweiz stattfand, gemäss dem präsumtiven, vernünftigen Parteiwillen, der Herrschaft des schweizerischen Rechts. Es mag zweifelhaft sein, inwiefern in der Sache französisches Recht anwendbar sei oder aber die deutsche Gesetzgebung zur Anwendung komme; die Anwendung schweizerischen Rechts ist unter allen Umständen ausgeschlossen. Ist schweizerisches Recht nicht anwendbar, so ist das Bundesgericht gemäss Art. 29 O. G. nicht kompetent. (Entsch. v. 10. October 1881 i. S. Conti c. Gonzenbach.)

---

3. *Art. 65 und 52 O. R. 1. Haftung desjenigen, der ein Thier hält, für den von demselben verursachten Schaden. Viehtrieb auf öffentlichen Wegen. 2. Ersatzanspruch der Hinterlassenen eines Getödteten wegen Entzugs zukünftigen Unterhalts.*

1. Nach Art. 65 O. R. haftet, wer ein Thier hält, für den Schaden, welchen dasselbe anrichtet, sofern er nicht beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in der Verwahrung und Beaufsichtigung angewendet habe. Die Haftpflicht des Thierhalters ist demnach einerseits keine unbedingte, lediglich an die objektive Thatsache der Schadenstiftung geknüpfte, andrerseits dagegen liegt nicht dem Geschädigten der Nachweis eines Verschuldens ob; sondern die Haftpflicht besteht vielmehr insolange, als der Thierhalter nicht seinerseits beweist, dass er alle erforderliche Sorgfalt in Verwahrung und Beaufsichtigung aufgewendet habe. Der Thierhalter trägt

also zwar nicht schlechthin die Gefahr von Schädigungen, welche sein Thier verursacht, wohl aber muss er, um sich der Haftung zu entziehen, den Entlastungsbeweis erbringen; die Vermuthung spricht gegen ihn. Dabei verlangt das Gesetz für den Entlastungsbeweis den Nachweis, dass alle erforderliche Sorgfalt (le soin voulu, la necessaria diligenza) aufgewendet worden sei. Das Gesetz stellt die Anforderung, dass bei Verwahrung und Beaufsichtigung von Thieren sorgfältig verfahren werde; jeder auch nur leichte Verstoss hiegegen schliesst die Entlastung des Beklagten aus und lässt dessen Verantwortlichkeit bestehen. Wer Thiere zu seinem Nutzen oder Vergnügen hält, soll eben mit aller Sorgfalt darüber wachen, dass durch dieselben nicht Dritte rechtswidrig geschädigt werden. Was im einzelnen Falle zur sorgfältigen Verwahrung und Beaufsichtigung gehört, hängt von den Umständen ab. Gefährliche Thiere erheischen natürlich eine strengere Ueberwachung, als solche, welche im allgemeinen unschädlich sind; unter Umständen, welche eine Gefährdung Dritter als leicht möglich erscheinen lassen, ist eine genauere Aufsicht erforderlich als da, wo eine solche Gefährdung im ordentlichen Laufe der Dinge als ausgeschlossen erscheint. Die blosse Thatsache, dass bei Verwahrung und Beaufsichtigung der Thiere in der üblichen Weise ist verfahren worden, wirkt für sich allein noch nicht befreiend. Freilich ist die Uebung insofern von Bedeutung, als sie in der Regel bekunden wird, welche Vorsichtsmassregeln erfahrungsmässig als unerlässlich gelten. Allein schlechthin entscheidend ist sie nicht. Denn das Gesetz fordert nicht die Aufwendung der üblichen, sondern aller erforderlichen Sorgfalt. Sollte es daher auch lokal üblich sein, Thiere unter Umständen, welche eine genauere Aufsicht zur Abwendung von Schädigungen Dritter objektiv erfordern, ganz ohne Aufsicht oder unter ungenügender Aufsicht zu lassen, so befreit diese Uebung denjenigen nicht, welcher derselben gefolgt ist und dessen Thiere in Folge dessen Schaden gestiftet haben. Dieser kann seinen Mangel an der erforderlichen Sorgfalt nicht damit entschuldigen, dass überhaupt in seinen Kreisen gewohnheitsmässig bei Verwahrung und Beaufsichtigung der Thiere nachlässig zu Werke gegangen werde. Er muss vielmehr, da er es eben an der vom Gesetze allgemein von jedem verlangten erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen, für den Schaden aufkommen, welchen seine Thiere in Ermanglung derselben gestiftet haben. Beim Viehtrieb auf öffentlichen Wegen ist es nun gewiss geboten, dass die Beaufsichtigung des Viehes

so geordnet werde, dass die Sicherheit des den Weg benutzenden Publikums nicht gefährdet werde; es ist demnach zu fordern, dass die Treiber und Hüter des Viehes ihre Aufmerksamkeit auch dem letztern zuwenden.

2. Art. 52 des O. R. gesteht den Hinterlassenen einen Ersatzanspruch auch dann zu, wenn der Getödtete zur Zeit des Todes noch nicht zu ihrem Unterhalte beitrug, dagegen anzunehmen ist, dass er dies im normalen Verlaufe der Dinge in Zukunft gethan haben würde.[1]) (Entsch. v. 3. October 1891 i S. Mühlemann c. Christen.)

---

4. *Art. 867, 876 und 50 O. R. 1. Firmenschutz; Firmen von Einzelgewerbetreibenden. 2. Sind auch Gasthofschilder gegen Nachahmung geschützt? Bezeichnung mehrerer Gasthöfe des gleichen Ortes als „Grand Hôtel".*

A. D., Inhaber der Firma: „Ad. Danioth, Grand Hôtel in Andermatt", belangte den Chr.-K., welcher in Andermatt den Gasthof „Hôtel Bellevue" oder „Kurhaus und Hôtel Bellevue" betreibt, und auch nach Eröffnung des Grand Hôtel Andermatt seinem Gasthofe in Affichen, Karten u. dgl. vielfach die Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue beilegte, auf Unterlassung des Gebrauchs dieser Bezeichnung und Entschädigung, gestützt sowohl auf die Bestimmung des O. R. über den Firmenschutz (Art. 868 und 876 O. R.) als auf Art. 50 ff. O. R. Die Klage wurde vom Bundesgericht abgewiesen.

Gründe: Sowohl der Kläger als der Beklagte sind alleinige Inhaber ihrer Geschäfte; sie betreiben dieselben als Einzelgewerbetreibende. Ihre Firma darf daher nach Art. 867 O. R. nur in ihrem Familiennamen mit oder ohne Vornamen bestehen, wobei lediglich Zusätze zu näherer Bezeichnung der Person oder des Geschäftes statthaft sind. Die Firma des Klägers, wie sie in das Handelsregister eingetragen ist, lautet demgemäss „Ad. Danioth, Grand Hôtel Andermatt", die Firma des Beklagten, nach dem Registereintrage vom 27. Dezember 1890, einfach „Sebastian Christen-Kesselbach"; einen auf die Bezeichnung des Geschäfts be-

[1]) Revue IX Nr. 30. In casu wurde der Beklagte zu einer Entschädigung von Fr. 500 verurtheilt, weil eine Kuh desselben auf öffentlicher Strasse das 14jährige Mädchen des Klägers an eine Bretterwand gepresst und ihm den Brustkasten eingedrückt hatte.

züglichen Zusatz enthält die letztere nicht.[1]) Denn die im Registereintrage enthaltene Bemerkung über die Natur des Geschäfts „Betrieb des Hôtel Bellevue und dessen Dependenzen" bildet keinen Bestandtheil der Firma. Es ist auch nicht nachgewiesen, dass etwa der Beklagte im Verkehre sich thatsächlich einer andern Firma als der eingetragenen bedient, d. h. sich beim Abschlusse von Geschäften einen andern Namen, als eben den Namen Seb. Chr.-K., welcher seinen bürgerlichen Namen und seine eingetragene Firma bildet, beigelegt habe. Danach ist denn klar, dass von einer Anwendung des Art. 876 O. R. keine Rede sein kann, da die Firma des Beklagten S. Chr.-K. mit derjenigen des Klägers Ad. D. Grand Hôtel Andermatt nicht das mindeste gemein hat. Wenn übrigens auch die Firma des Beklagten einen das Geschäft näher bezeichnenden Zusatz, wie Grand Hôtel Bellevue u. dgl. enthalten hätte, so könnte doch von einer Verletzung eines klägerischen Firmenrechts nicht die Rede sein. Denn auch in diesem Falle wären die beiden Firmen wesentlich verschieden. Firma und Gasthofschild sind verschiedene Begriffe. Die Firma im juristischen Sinne ist der Name, welchen ein Geschäftsinhaber in seinem Geschäftsbetrieb sich beilegt; sie enthält die Bezeichnung der Person des Geschäftsinhabers, nicht diejenige des von diesem betriebenen Geschäfts, und muss danach für physische Personen in dem bürgerlichen Namen der Person mit oder ohne Zusatz bestehen. Der Gasthofschild dagegen enthält nicht die Bezeichnung des Geschäftsinhabers, sondern die (frei gewählte) Benennung des Etablissements, des von ersterm betriebenen Geschäfts. Die gesetzlichen Regeln über Firmenschutz finden also auf Gasthofschilder keine Anwendung. Dagegen ist allerdings anzuerkennen, dass nach schweizerischem Rechte auch Gasthofschilder geschützt sind. Nach den Grundsätzen über die Unzulässigkeit der concurrence déloyale, wie sie dem Art. 50 u. ff. O. R. zu Grunde liegen, ist ein Gasthofbesitzer berechtigt, Dritten die Führung eines dem seinigen täuschend ähnlichen Gasthofschildes am gleichen Orte zu verbieten und für einen ihm durch derartige unredliche Concurrenz verursachten Schaden Ersatz zu verlangen. Allein auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte ist die Klage

---

[1]) Der Eintrag im Handelsregister lautet: „Inhaber der Firma Seb. Christen-Kesselbach in Andermatt ist Sebastian Christen-Kesselbach von und in Andermatt. Natur des Geschäftes: Betrieb des Hôtel Bellevue und dessen Dependenzen".

nicht begründet. Als Namen des klägerischen Geschäfts ist Grand Hôtel Andermatt zu betrachten. Der Beklagte gebraucht für seinen Gasthof, zwar nicht auf den an dem Gasthofgebäude angebrachten Tafeln, wohl aber in Karten u. dgl. den Schild (die Bezeichnung) „Grand Hôtel Bellevue". Diese Namen, Grand Hôtel Andermatt einerseits, Grand Hôtel Bellevue andrerseits, sind aber wesentlich verschieden. Das Beiwort „Grand" bezeichnet einfach eine Eigenschaft des Gasthofes; ein Recht auf den ausschliesslichen Gebrauch dieses Wortes kann gewiss ebenso wenig erworben werden als auf den Gebrauch der Bezeichnung Hôtel (im Gegensatz zu Gasthaus u. dgl.). Es muss vielmehr jedem Gasthofbesitzer freigestellt bleiben, dieses schmückende Beiwort seinem Gasthof ebenfalls beizulegen; verlangt kann nur werden, dass er diesem einen Namen gebe, welcher ihn von andern am gleichen Orte bestehenden Grand Hôtels deutlich unterscheide. Dies ist aber hier geschehen, da die Namen Grand Hôtel Bellevue und Grand Hôtel Andermatt sich gewiss deutlich unterscheiden. Selbst wenn der Kläger, was nicht der Fall ist, seinen Gasthof Grand Hôtel schlechtweg, ohne Zusatz, benannt hätte, so hätte er dadurch doch nicht das Recht erworben, einem andern Gasthofbesitzer den Gebrauch der Bezeichnung Grand Hôtel Bellevue u. dgl. zu untersagen; er dürfte in diesem Falle zwar berechtigt sein, die Bezeichnung Grand Hôtel schlechtweg zu verbieten, nicht dagegen die Beifügung des Prädikates Grand Hôtel zu einem andern Hotelnamen. Denn Grand Hôtel für sich allein genommen ist offenbar etwas anderes als Grand Hôtel mit Beifügung eines Namens; in ersterm Falle ist Grand Hôtel als Individualbezeichnung, gewissermassen als selbstständiger Eigenname, gebraucht, in letzterm sind die Worte Grand Hôtel lediglich ein der Gasthofbenennung beigefügtes Prädikat, welches von Niemandem monopolisirt werden kann. (Entsch. v. 4. Septbr. 1891 i. S. Danioth c. Christen.)

---

5. *Firmenschutz und Markenschutz. 1. Art. 868 O. R. Ausschliesslichkeit der Firma. Deutliche Unterscheidung einer neuen Gesellschaftsfirma von einer ältern des gleichen Ortes. 2. Steht dem eingetragenen Nachahmer einer Marke ein Zeichenrecht zu? 3. Schadensersatzanspruch des wirklichen Markenberechtigten gegen den Nachahmer, welcher ihm mit der Deposition der Marke zuvorgekommen ist.*

1. Die Frage, ob Jemand zur Führung einer Firma

berechtigt sei oder ob der Gebrauch derselben einen Eingriff in das Firmenrecht eines Andern involvire, ist ausschliesslich nach den Bestimmungen des O. R. über die Geschäftsfirmen (Art. 865 u. ff., speziell Art. 868, 876 u. f.) zu beurtheilen und nicht nach den Bestimmungen des Markenschutzgesetzes. Freilich kann die Firmabezeichnung als Marke verwendet werden. Allein Firma, d. h. der Name, unter welchem ein Gewerbetreibender im Verkehr auftritt, insbesondere seine Geschäfte abschliesst, und Marke, d. h. das auf der Waare selbst oder ihrer Verpackung angebrachte Herkunftszeichen, sind durchaus nicht identische Begriffe. Die Voraussetzungen der Entstehung des Rechts auf Gebrauch einer Firma und dessen Wirkungen sind, wie auch Art. 3 des eidg. Markenschutzgesetzes vom 19. Dezember 1879 ausdrücklich ausspricht, nicht im Markenschutzgesetze, sondern im O. R. geregelt. Nicht das Markenschutzgesetz, sondern das O. R. entscheidet insbesondere darüber, inwiefern das Firmenrecht ein ausschliessliches ist. Nach Art. 868 O. R. darf eine in dem Handelsregister eingetragene Firma an demselben Orte von keinem Andern als Firma benutzt werden, selbst dann nicht, wenn der neue Geschäftsinhaber denselben bürgerlichen Namen hat, mit welchem die ältere Firma bezeichnet wird. Der neue Geschäftsinhaber hat in einem solchen Falle seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen, durch welchen dieselbe deutlich von der ältern Firma unterschieden wird. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für Einzel-, sondern auch für Gesellschaftsfirmen; das Gesetz erkennt, wie auch aus Art. 878 sich ergibt, die Ausschliesslichkeit der Firma sowohl für Gesellschafts- als für Einzelfirmen an und postulirt gleichmässig für Gesellschafts- wie für Einzelfirmen, dass eine neue Firma von einer am gleichen Orte bereits bestehenden eingetragenen Firma sich deutlich unterscheiden müsse. Als deutlich erscheint eine Unterscheidung, welche bei Anwendung der im Verkehr üblichen Sorgfalt erkennbar ist. Nun ist es allgemein bekannt, dass häufig mehrere Personen am gleichen Orte den gleichen Namen führen und dass daher Firmen, welche unter Benutzung dieses Namens gebildet werden, sich nur durch verhältnissmässig geringfügige Abweichungen (Aufnahme oder Weglassung von Vornamen oder Initialen, Verschiedenheit oder verschiedene Reihenfolge von solchen u. dgl.) zu unterscheiden pflegen. Es ist ferner kaufmännische Sitte, die Firma genau so (mit oder ohne Vornamen oder Initialen, mit der nämlichen Reihenfolge von Vornamen und Initialen u. dgl.) zu ge-

brauchen, wie sie vom Begründer angenommen und eingetragen worden ist. Daher ist zu deutlicher Unterscheidung zweier Firmen schon eine verhältnissmässig kleine Verschiedenheit hinreichend. Denn es ist eben verkehrsüblich, beim Gebrauche einer Firma und beim Kontrahiren mit einer solchen mit Genauigkeit zu verfahren und nicht bloss auf die darin vorkommenden Familiennamen zu sehen, so dass auch eine verhältnissmässig geringfügige Verschiedenheit regelmässig der Beachtung nicht entgeht. Es bedarf zur Unterscheidbarkeit von Firmen nicht so augenfälliger Unterscheidungsmerkmale, wie zu derjenigen von Waarenzeichen. Denn die Firma, der Name, unter welchen ein Gewerbetreibender im Verkehr auftritt, pflegt von denjenigen, welche mit ihr in Verkehr treten wollen, genauer geprüft zu werden als das Waarenzeichen vom Publikum, für welches dasselbe bestimmt ist. Es ist denn auch nicht zu übersehen, dass die Vorschrift des Art. 868 in ganz gleicher Weise gilt, mag es sich nun um die Firmen von Gewerbetreibenden handeln, welche den gleichen oder aber ganz verschiedene Geschäftszweige betreiben, wie ja überhaupt die Firma nicht das Geschäft, sondern den Geschäftsinhaber bezeichnet. Hievon ausgegangen, erscheint die Unterscheidung zwischen der Firma der beklagten „Hediger & Cie." und der klägerischen Partei „H. Hediger & Söhne" als genügend.

2. Ist bei einer Klage aus dem Markenschutzgesetz vom Beklagten der Beweis erbracht, dass der eingetragene Kläger nicht der erste Benutzer der streitigen Zeichen oder dessen Rechtsnachfolger ist, sondern dieselben seinerseits Dritten nachgeahmt hat, so ist er nach den Grundsätzen des Markenschutzgesetzes nicht der wahre Berechtigte; es steht ihm ein Zeichenrecht und folglich auch ein Klagerecht gegen andere Nachahmer mit Bezug auf diese Marken nicht zu. Sein Gebrauch ist vielmehr entweder selbst ein widerrechtlicher, oder dann beruht er doch jedenfalls nicht auf einem ausschliesslichen Rechte, sondern lediglich darauf, dass die Zeichen zufolge ihres allgemeinen Gebrauchs in den betreffenden Geschäftsbranchen Freizeichen geworden sind.[1])

3. Der Umstand, dass der Nachahmer dem wahren Berechtigten in der Hinterlegung der Marke zuvorgekommen ist, hat nicht zur Folge, dass der Erstere für den Gebrauch der nachgeahmten Marken bis zum Urtheil nicht für schadenersatzpflichtig erklärt werden kann. Wie das Bundesgericht

---

[1]) Revue IX Nr. 69 S. 82 Ziff. 2.

bereits in seiner Entscheidung i. S. Vaissier vom 25. April 1890[1]) ausgesprochen hat, erwirbt der wahre Berechtigte durch den Eintrag seines Zeichens den civil- und strafrechtlichen Schutz gegen alle zukünftigen Verletzungen seines Rechts, mögen nun die Nachahmer ihr nachgeahmtes Zeichen ebenfalls, vor oder nach ihm, haben eintragen lassen oder nicht. Der Eintrag eines nachgeahmten Zeichens zu Gunsten des Nachahmers begründet für diesen keinerlei Recht auf dessen Gebrauch, die Priorität der Hinterlegung hat bloss die Folge, dass für den ersten Hinterleger die Rechtsvermuthung spricht, er sei der wahre Berechtigte; diese Rechtsvermuthung aber kann durch Gegenbeweis beseitigt werden, und sofern dies geschieht, so haftet auch der erste Hinterleger gleich jedem andern Nachahmer für die von ihm seit dem Eintrage des Zeichens für den wahren Berechtigten begangenen Markenrechtsverletzungen. (Entsch. v. 16. Oktbr. 1891 i. S. Hediger & Söhne c. Hediger & Cie.)

---

6. *Art. 1 Ziff. 2 und Art. 2 B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht und Art. 62 O. R. Trifft die Haftpflicht beim Baugewerbe auch den Bauherrn oder nur den Bauunternehmer?*

Nach Art. 1 Ziffer 2 und Art. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes trifft die Haftpflicht für Betriebsunfälle in dem Baugewerbe nicht den Bauherrn, sondern den Bauunternehmer. Hat daher ein Bauherr einzelne Partien eines Baues an Unternehmer vergeben, bei welchen ein Unfall sich ereignet, und selbst nur die Banausführung überwacht oder überwachen lassen, sowie gelegentlich Weisungen für dieselbe gegeben und einzelne Baumaterialien zur Verfügung gestellt, so ist ein Anspruch aus dem B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht gegen denselben nicht begründet. Ebensowenig haftet der Bauherr nach Art. 62 O. R. für ein von den Unternehmern begangenes Verschulden, da diese letztern weder seine Angestellten noch seine Arbeiter sind. (Entsch. v. 19. Septbr. 1891 i. S. Hildebrand c. Endemann.)

---

7. *Art. 2 B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Beweis des Selbstverschuldens des Verunglückten.*

Zum Beweise des Haftbefreiungsgrundes des Selbstverschuldens bedarf es des bestimmten Nachweises, dass der

[1]) Revue VIII Nr. 64.

Unfall durch ein schuldhaftes Verhalten, eine schuldhafte Handlung oder Unterlassung des Verunglückten verursacht sei. Ist die Ursache des Unfalls überhaupt nicht ermittelt, sondern sind darüber nur Vermuthungen möglich, so ist jener Beweis nicht zu erbringen. (Entsch. v. 11. Septbr. 1891 i. S. Büchi c. Brunner.)

---

8. *Art. 2 und 5 lit. a. B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. 1) Muss der Fabrikunternehmer den Beweis leisten, dass ein Unfall dem Zufall zuzuschreiben sei? 2) Abzug an der Entschädigungssumme wegen Zufall; Bemessung dieses Abzuges.*

1. Der beklagte Unternehmer muss nicht darthun, dass der Unfall durch eine Ursache herbeigeführt worden sei, welche jedes Verschulden des Unternehmers oder seiner Leute ausschlösse, in der Meinung, dass so lange eine solche Ursache nicht dargethan, die Ursache des Unfalles vielmehr nicht genau ermittelt ist, der Unfall als ein vom Unternehmer verschuldeter gelten müsste. Das Gesetz erstreckt die Haftung des Unternehmers allerdings auch auf den Zufall, dagegen stellt es eine derartige Präsumtion des Verschuldens nicht auf. Ein solches darf nur dann angenommen werden, wenn thatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen. Mangelt es an solchen, ist die Ursache des Unfalles nicht ermittelt, so muss derselbe als ein zufälliger betrachtet werden.

2. Trotzdem der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum um ein wesentliches übersteigt, darf doch die Entschädigung für Schmälerung resp. Aufhebung der Erwerbsfähigkeit nicht nur das gesetzliche Maximum nicht übersteigen, sondern ist auch innerhalb desselben mit Rücksicht auf die Zufälligkeit der Verletzung in billiger Weise zu reduziren.[1]) Das Gesetz will, dass die Haftpflicht des Unternehmers stets gemindert werde, wenn er, abweichend vom gemeinen Rechte, auch für den Zufall haftbar gemacht wird. Da nun diese Haftpflicht für alle Fälle, wo nicht strafrechtliches Verschulden vorliegt, ohnehin durch das gesetzliche Maximum begrenzt ist, so kann diese Minderung da, wo der wirkliche Schaden das gesetzliche Maximum übersteigt, nicht anders geschehen als dadurch, dass von dem gesetzlichen Maximum ein angemessener Abstrich gemacht wird. Bei dieser Reduktion muss aber insbesondere auch der Betrag des wirklich

---

[1]) Siehe Revue IX Nr. 107.

eingetretenen Schadens berücksichtigt werden; je mehr derselbe das gesetzliche Maximum übersteigt, um so geringer muss, bei Gleichheit der sonstigen erheblichen Verhältnisse, der Abstrich von letzterm bemessen werden. Andernfalls müsste bei grossen, durch zufällige Verletzungen oder Tödtungen herbeigeführten Schädigungen der Verunglückte auch innerhalb des gesetzlichen Maximums einen im Vergleiche zu den kleinern Unfällen unverhältnissmässig grossen Theil des Schadens an sich selbst tragen; er würde in unverhältnissmässiger Weise belastet, der Unternehmer, der mit ihm gemeinsam den Schaden zu tragen hat, in unverhältnissmässiger Weise entlastet. Dies ist mit dem Prinzipe des Gesetzes, welches eine billige Reduktion vorschreibt, unvereinbar. (Entsch. v. 25. September 1891 i. S. Meinweg c. Linder.)

---

9. *Art. 5 lit. b B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Bemessung des Abzugs an der Entschädigungssumme wegen Mitverschuldens des Verletzten.*

Bei dem Abstrich an der Entschädigungssumme, welcher nach der citirten Gesetzesbestimmung wegen Mitverschuldens des Getödteten zu machen ist, muss auch die Grösse des den Hinterlassenen entstandenen Schadens in der Weise in Berücksichtigung gezogen werden, dass je mehr dieser Schaden das gesetzliche Entschädigungsmaximum übersteigt, in um so bescheidenern Grenzen sich der Abstrich an dem Entschädigungsmaximum zu bewegen hat. (Entsch. v. 2. Oktbr. 1891 i. S. Gräflin c. Geissberger u. Cons.)

---

10. *Art. 6 B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Ist der Ersatzanspruch der Hinterlassenen davon abhängig, dass die Unterhaltspflicht des Getödteten eine privatrechtliche ist?*

Der Ersatzanspruch der Hinterlassenen[1]) wegen entzogenen Unterhalts aus Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Unterhaltungspflicht des Getödteten als eine öffentlich-rechtliche zu qualifiziren sein sollte. Das Gesetz macht eine solche Unterscheidung nicht, sondern gewährt den Ersatzanspruch in allen Fällen, wo der Getödtete zur Gewährung des Unterhaltes gleichviel ob aus öffentlich-rechtlichem oder aus privatrechtlichem Grunde verpflichtet war. Entscheidend für den Anspruch

---

[1]) In casu des Vaters des Verunglückten.

der Eltern ist, ob nach dem betreffenden kant. Rechte eine Alimentationspflicht der Kinder gegenüber den Eltern überhaupt besteht, oder ob die Unterstützung verarmter Eltern gar nicht den Kindern, sondern der öffentlichen Armenpflege obliegt und die Kinder nur dieser gegenüber zu einem „Verwandtenbeitrage", nicht aber den Eltern gegenüber zu einer Alimentationsleistung verpflichtet sind.[1]) Sind nach dem kant. Rechte die Kinder notharmen Eltern gegenüber direkt unterstützungspflichtig und greift die Versorgungspflicht der öffentlichen Armenpflege bloss subsidiär Platz, so ist der Ersatzanspruch der Eltern aus Art. 6 leg. cit. prinzipiell begründet. Dass die Entscheidung über Prinzip und Mass der Unterstützungspflicht nicht den Gerichten, sondern den Armenbehörden zusteht, ändert hieran nichts. (Entsch. v. 17. Oktbr. 1891 i. S. Fehr c. Schmidheini.)

---

11. *Art. 7 Ziff. 1 B.-Ges. über Muster und Modelle. Anwendung eines bereits bekannten Dekorationssystems auf ein industrielles Erzeugniss, für welches dasselbe bisher nicht angewendet worden. Inwiefern geniesst dieselbe des gesetzlichen, neuen Mustern und Modellen gewährten Schutzes?*

Gebrüder R., monteurs de boîtes in Genf, haben gemäss den Bestimmungen des genannten Bundesgesetzes in Bern eine kannelirte Uhrenschale als Modell deponirt, deren Besonderheit darin besteht, dass die Kannellirung ohne Unterbrechung von der Mitte des einen Schalentheils zur Mitte des andern geht. L. bestellte gleiche Uhrenschalen bei dem Schalenmacher F. und verkaufte dieselben. Er wurde desshalb von Gebr. R. auf Schadensersatz belangt und verurtheilt. Die Einwendungen des Beklagten und die zu entscheidenden Fragen ergeben sich aus folgender Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils:

Il est, tout d'abord, incontestable qu'il s'agit dans l'espèce d'un modèle industriel, déposé en vue d'assurer la protection légale à une forme nouvelle donnée à un produit industriel en vue de l'orner, de lui assurer un aspect de nature à flatter l'oeil et à satisfaire le goût, sans communiquer à ce produit aucune qualité industrielle nouvelle (voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Société anonyme française des bascules automatiques).[2]) Le défendeur ne conteste pas

---

[1]) Wie z. B. im Kanton Bern, Revue VIII Nr. 89.

[2]) Revue VI Nr. 96.

avoir fabriqué et vendu des boîtes de montres reproduisant exactement le modèle déposé par les demandeurs; il estime toutefois n'avoir pas encouru les répressions prévues à l'art. 18 de la loi fédérale, mais bien plutôt se trouver au bénéfice et pouvoir exciper des dispositions de l'art. 7 de la dite loi, déclarant nuls et de nul effet les dépôts effectués, entre autres si les dessins ou modèles déposés ne sont pas nouveaux, s'ils ont reçu, antérieurement au dépôt, une publication industrielle, et si le déposant n'est pas l'auteur des dessins ou modèles déposés, ou son ayant-cause.

En ce qui touche d'abord la question de la nouveauté du modèle déposé, il résulte des dépositions concordantes d'un nombre considérable de témoins entendus par le tribunal de commerce, que, bien que le procédé de guillochage employé n'ait rien d'original, les demandeurs sont les premiers qui aient appliqué aux montres forme bassines l'ornement consistant en cannelures, soit en un rayonnement allant sans interruption d'un centre à l'autre des deux faces de la boîte.

Il suit de ce qui précède que le modèle déposé, quoique ne nécessitant pas un nouveau procédé technique, constitue une application nouvelle, à toute une catégorie de montres, d'un motif de décoration employé sans doute auparavant déjà pour d'autres objets, mais que personne, avant les demandeurs, n'avait imaginé de reproduire sur les deux faces d'une montre à savonnette ordinaire, forme dite bassine.

Il ne s'agit donc pas, dans l'espèce, de l'invention d'un motif de décoration absolument neuf, ou d'un dessin entièrement nouveau, mais seulement d'une application du rayonnement, ou de la cannelure, à un objet nouveau, et dans une forme de nature à communiquer à cet objet ainsi décoré, un aspect *sui generis*, de nature à satisfaire le sens géométrique ou esthétique, et à flatter le regard.

Or il n'existe aucun motif, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi fédérale ou du message qui l'accompagne, pour exclure du bénéfice d'une appropriation privative, soit de la protection légale, un système décoratif, nouveau en ce qui concerne son application aux montres de forme ordinaire, soit bassines, et dont l'adaptation à ce produit industriel, loin de se caractériser comme une imitation servile ou banale de modèles déjà existants, apparaît comme le résultat de recherches et de tâtonnements nombreux, qui n'ont pu

aboutir que moyennant un effort indéniable de l'esprit. Dans cette situation, il se justifie de protéger le modèle ainsi obtenu, mais en limitant, cela va sans dire, cette protection à l'application spéciale qui a fait l'objet du dépôt, et qui est de nature à enrichir, d'un mode d'ornementation caractéristique, un produit industriel pour lequel personne jusqu'ici n'avait songé à l'utiliser. Il est, à cet égard, indifférent que ce genre d'ornement ait été employé précédemment pour les montres dites boules; non seulement il n'est pas prétendu que ce système ait jamais été déposé, en vue d'une appropriation exclusive dans le sens de la loi, mais encore, et surtout, l'application du système imaginé par les demandeurs a trait à une toute autre catégorie de montres et de boîtes, auxquelles cette adaptation communique un aspect nouveau, distinctif, ayant nécessité un effort créateur. (Entsch. v. 16. Oktbr. 1891 i. S. Rœsgen frères c. Lacreuze.)

---

12. *Art. 59 B.-V. Bedingtheit der Widerklage durch die Rechtshängigkeit der Vorklage.*

Die bundesrechtliche Praxis hat allerdings stets anerkannt, dass der Beklagte durch Art. 59 Abs. 1 B.-V. nicht behindert sei, eine ihm gegenüber der Klageforderung zustehende konnexe Gegenforderung widerklagsweise beim Gerichte der Vorklage geltend zu machen. Allein damit dieser Grundsatz Anwendung finde, muss eben eine Haupt-(Vor-) klage wirklich anhängig, d. h. derjenige Akt, welcher nach dem betr. kantonalen Recht die Rechtshängigkeit bewirkt, erfolgt sein. (Entsch. v. 18. Septbr. 1891 i. S. Kistler.)

---

13. *Art. 1 des deutsch-schweiz. Niederlassungsvertrages vom 31. Mai 1890. Verpflichtet derselbe die beiden Vertragsstaaten zu gegenseitiger Vollstreckung der Civil- insbesondere der Ehescheidungsurtheile?*

Diese Frage wurde verneint im Entsch. d. B.-Gerichtes vom 16. Mai 1891 i. S. Eheleute Nietmann.

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

14. *Contrat. Commune intention des parties. Art. 16 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de commerce du 5 Oct. 1891 d. l. c. D[elle] Mercier c. Chalet et Cie.

Par acte sous seing privé, en date du 1[er] juillet 1890, il était convenu que sieur Mercier entrait dans la maison Chalet et Cie., comme commanditaire-employé, avec un appointement de 100 fr. par mois, qu'il devait s'occuper spécialement de la comptabilité; que la commandite, fixée à 3000 fr., rapportant 5% d'intérêt annuel, était fournie par dame Mercier, et qu'en cas de remboursement de la dite commandite un avis préalable serait donné à M. M. Chalet et Cie., six mois avant l'époque du remboursement. La somme de 3000 fr. fut versée le même jour. Le 13 juin 1891, Ch. et Cie. ayant congédié sieur Mercier pour le 15, même mois, D[elle] M., héritière de dame M. morte au courant de l'année passée, réclama le remboursement immédiat de la dite somme et assigna Ch. et Cie. devant le Tribunal. Ces derniers soutiennent avoir le droit de se mettre au bénéfice du terme de six mois stipulé au contrat. Le Tribunal a adjugé à la demanderesse ses conclusions.

Motifs: Attendu qu'il importe de rechercher quelle était la commune intention des contractants, lors de la passation de l'acte sus-visé, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont ils se sont servis;

Attendu qu'il est hors de doute que, malgré le sens littéral des termes employés, les contractants n'ont point entendu former entre eux une société en commandite, que cela résulte surabondamment, soit du fait que sieur M. ne participait, ni aux pertes, ni aux gains de la Maison Ch. et Cie., soit de ce qu'aucune des formalités prescrites par la loi au sujet de la formation des sociétés en commandite, n'a été accomplie;

Attendu que le versement des 3000 fr. apparaît donc comme un simple prêt, consenti par feue dame M., dans le but de procurer une situation à son mari, prêt dont les défendeurs devaient profiter pendant tout le temps qu'ils garderaient sieur M. à leur service;

Attendu, dès lors, que le dit apport doit être considéré comme étant le correspectif de l'engagement pris par Ch. et Cie. de recevoir sieur M. à titre d'employé, qu'ainsi il

y a lieu d'admettre et qu'il ressort, du reste, de l'ensemble des clauses du contrat, notamment du fait qu'aucun terme précis de remboursement n'a été fixé, que ce n'est que dans le cas où sieur M. aurait eu la volonté de cesser son emploi, ou même pendant la durée de celui-ci, qu'il était tenu d'aviser les défendeurs, six mois d'avance, de sa demande de remboursement;

Attendu que l'acte du 1er juillet 1890 ne saurait être interprêté dans le sens que veulent lui donner aujourd'hui les défendeurs, c'est-à-dire qu'ils auraient droit à un délai de six mois, même après avoir congédié sieur M. sans avertissement préalable;

Attendu, en résumé, que les défendeurs, en congédiant sieur M. abruptement et sans délai, ont violé leur engagement et rompu le contrat qui existait entre eux et les mariés M., et ont de cette façon, renoncé au bénéfice du terme qui leur était accordé en cas de rupture du dit contrat de la part de sieur M.

---

15. *Dommages-intérêts. Publication dans un journal du nom d'un débiteur comme mauvais payeur par le créancier. Art. 50 et 55 C. O.*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 6 mai 1891 d. l. c. Martin c. Courvoisier.

Depuis environ deux ans, le journal „l'Impartial" dont A. Courvoisier est l'imprimeur et l'éditeur, contient dans ses annonces un tableau ayant pour titre: „Liste des mauvais payeurs auprès desquels toutes démarches . . . sont restées sans résultat". Ce tableau paraît sous le titre de a) Syndicat de maîtres et maîtresses de pension; b) Syndicat des patrons boulangers; c) Syndicat des bouchers et charcutiers, et contient les noms, prénoms et domicile de débiteurs malheureux. Le nom de Martin figure sur ce tableau depuis la date du 6 juillet 1889. M. a ouvert action à C. à ce que celui-ci soit condamné à lui payer à titre de dommages-intérêts 3500 fr., fr. 20 pour chaque publication du nom du requérant dans l'Impartial, et fr. 20 par jour, pendant lesquels le requérant a été privé de travail, à dater du jour de la publication de son nom dans les annonces de l'Impartial. Cette demande est fondée sur ce que, par cette publication, M. a été discrédité dans le public; étant monteur de boîtes en or, il s'est vu refuser du travail; malgré sa réclamation,

le Journal a continué à publier son nom; de tels procédés sont abusifs et illégaux et excèdent le droit du créancier. Le défendeur a conclu à libération et, reconventionnellement, au paiement de fr. 50(0 à titre de dommages-intérêts. Il soutient que M., quoique ouvrier habile qui pouvait gagner, ne travaille plus depuis quelques années et a été renvoyé de plusieurs ateliers pour sa paresse et son inconduite; que, divorcé de sa femme, il n'a jamais rien payé pour la pension de ses enfants; qu'il ne paye pas régulièrement ni sa pension ni sa chambre; qu'il a demandé, en 1889, de faire paraître son nom dans les journaux sous la rubrique „Liste des mauvais payeurs“, pour qu'on lui donnerait du travail si l'on apprenait qu'il ne payait pas sa pension; qu'en 1890, enfin, il a fait publier et a mis en vente un pamphlet renfermant des diffamations et des accusations graves contre C., par lequel il a occasionné à celui-ci un dommage, tandis que la publication dans l'Impartial faite à la demande de l'intéressé luimême n'a pu restreindre son crédit. — Le tribunal a condamné le défendeur à payer au demandeur pour toute indemnité 50 fr. et a écarté la demande reconventionnelle du défendeur.

Motifs: Considérant que la demande de M. est fondée en principe;

Qu'il ne se justifie pas en effet qu'un créancier ou que plusieurs créanciers réunis en groupe puissent être autorisés à faire publier dans les journaux les noms de leurs débiteurs, quelque justes et légitimes que soient d'ailleurs les griefs qu'ils peuvent avoir contre eux;

Que leur créance étant de nature civile et leurs droits étant protégés par les lois, ils doivent se servir de moyens légaux pour obtenir justice; ils doivent assigner leurs débiteurs devant les tribunaux, obtenir jugement contre eux et en poursuivre l'exécution sur leurs biens; mais ils ne peuvent pas recourir à des moyens extra-légaux, tels que la publication des noms de leurs débiteurs dans des journaux;

Qu'un tel procédé excède la limite des droits des créanciers;

Que la publication des noms des débiteurs, parvenant à la connaissance des lecteurs du journal, est de nature à causer à ces débiteurs un préjudice réel et à motiver de leur part, par application des art. 50, 51 et 55 C. O., une action en réparation du préjudice causé.

Que, s'agissant de déterminer l'importance de l'indemnité qui est due, il faut prendre en considération les faits

du procès . . . . . et qu'une somme de 50 fr. est bien suffisante . . . . .[1])

---

16. *Schadenersatz. Haftbarkeit der die häusliche Aufsicht über den Schädiger führenden Person. Art. 61 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts v. 25. Sept. 1891 (appellationsgerichtlich bestätigt den 22. Oct. 1891) i. S. Loritz c. Schaub.

Der 13 Jahre alte Grosssohn des Schaub, Arnold Müller, traf den 5½jährigen Sohn des Loritz beim Spielen mit einer Gummischleuder in das rechte Auge. Die Folge war Erblindung des Auges, allerdings mit der Möglichkeit späterer Wiederherstellung eines Theiles der Sehkraft durch Operation. Loritz klagte auf Schadenersatz im Betrag von Fr. 2000. Der Beklagte Schaub, bei dem und unter dessen häuslicher Aufsicht anerkanntermassen sein Grosskind lebt, bestritt seine Haftpflicht, weil ihm keine Vernachlässigung in der Aufsicht des Kindes zur Last falle, er seinem Grosskinde die Schleuder nicht gegeben noch auch gewusst habe, dass es damit schiesse, und es selbst den verunglückten Sohn des Klägers aufgefordert habe, sich in das Haus zu begeben; dieser sei aber gerade in dem Momente des Schiessens wieder herausgesprungen. Das Gericht wies die Klage ab.

Motive: Das Begehren des Klägers muss principiell als unbegründet abgewiesen werden. Die eigene Darstellung der Klage enthält nichts und lässt auf nichts schliessen, was dem Beklagten als Mangel in der üblichen und durch die Umstände gebotenen Beaufsichtigung imputirt werden könnte. In einem Alter von 13 Jahren pflegen Knaben allgemein ohne Begleitung gelassen zu werden, wenn sie sich auf kurze Zeit zum Spielen ausserhalb des Hauses bewegen; namentlich in Familien, welche wie die im Streite liegenden Parteien, in Riehen, also in ländlichen Verhältnissen wohnen. Dass der Charakter und die Aufführung des Arnold Müller Anlass zu besonderer Sorgfalt bot, ist vom Kläger nicht einmal behauptet worden. Auch dass in casu dem Beklagten irgend etwas zur Last gelegt werden könnte, wird nirgends gesagt; denn Kläger bestreitet nicht, dass, wie der Beklagte den Sachverhalt darstellt, die Schleuder dem Arnold Müller

---

[1]) M. hat gegen dieses Urtheil wegen zu niedriger Entschädigung an das Bundesgericht recurriert. Dieses hat am 5. September 1891 das angefochtene Urtheil bestätigt; über die prinzipielle Frage hatte es keinen Anlass sich zu äussern, da der Beklagte seinerseits das Urtheil nicht anfocht.

von einem Kameraden gegeben wurde, als er schon das Haus verlassen hatte, und dass der Beklagte mithin keine Möglichkeit hatte, den Unfall abzuwehren.

---

17. *Vertrag zu Gunsten Dritter. Als solcher ist aufzufassen die Versicherung der Arbeiter durch den Arbeitgeber bei einer Versicherungsgesellschaft. Art. 128 O. R.*

Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 10. März 1891 i. S. Ryf und Kropp c. Versicherungsgesellschaft „La Préservatrice“.

In dem, unter dem B.-Ges. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht stehenden Baugeschäft der Witwe Hägin verunglückten durch Einsturz eines Neubaues mehrere Arbeiter. Da eine grosse Nachlässigkeit der Bauleitung constatiert wurde, so waren die von Witwe Hägin zu zahlenden Entschädigungen sehr hoch. Die Gesellschaft „La Préservatrice“, bei der sie ihre Arbeiter versichert hatte, weigerte sich zudem, die Versicherungssummen zu bezahlen, weil sie durch das Verschulden der Witwe Hägin befreit sei. Frau Hägin stellte den Arbeitern eine Erklärung aus, dass sie bereit sei, ihnen alle ihre Rechte aus den Policen gegen die Gesellschaft abzutreten, obschon eine förmliche Cession nicht nöthig sei, da die Arbeiter ein selbständiges Recht gegen die Gesellschaft auf Grund der Policen hätten, die sie ihnen zur Verfügung stellte. Bald darauf gerieth Witwe Hägin in Concurs, und die noch nicht befriedigten Arbeiter klagten nun gegen die Gesellschaft. Diese bestritt ihnen das directe Klagrecht nach Massgabe der Policebestimmungen. Das Civilgericht wies aber diese Einwendung aus dem Rechte und das Appellationsgericht bestätigte das erstinstanzliche Urtheil, soweit es hier mitgetheilt wird, am 30. April 1891 unter Zustimmung zu den civilgerichtlichen Motiven, welche besagen:

Es muss der Beklagten zugegeben werden, dass eine Cession der Rechte, welche der Witwe Hägin als Versicherungsnehmerin aus der Police zustehen, an die heutigen Kläger nicht vorliegt. Mit ihrem Schreiben vom 22. October 1890 hat sie allerdings sich bereit erklärt, ihre Rechte an die Kläger abzutreten, mit dem Beifügen, dass nach ihrer Ansicht die Arbeiter berechtigt seien, ohne Cession ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft direct geltend zu machen, zu welchem Zwecke sie ihnen die Police zustelle. Die Cession ist jedoch nie erfolgt, wenigstens ergiebt sie sich nicht

aus den Acten, und ist auch der Beklagten nie notificiert worden; und aus der Intervention der Concursbehörde Namens der Fallimentsmasse der Witwe Hägin ergiebt sich mit aller Deutlichkeit, dass sie von einer solchen Cession nichts weiss; sie erklärt vielmehr nur, dass sie vorläufig gegen eine selbständige Klagerhebung Seitens der Versicherten nichts einzuwenden habe.

Die Kläger sind daher nicht Cessionare der Witwe Hägin und es muss untersucht werden, ob ihnen nach den Bestimmungen der Police ein directes Klagrecht gegen die Gesellschaft zustehe.

Der Vertrag, wodurch der Arbeitgeber seine Arbeiter gegen die Folgen von Unfällen versichert, die sie bei Ausübung ihres Berufes treffen, ist seiner Natur nach ein Vertrag zu Gunsten Dritter, wie das Civilgericht bereits in seinem Urtheil vom 17. December 1886 in Sachen Vollenhals c. Schweiz. Unfallversicherungs-Actiengesellschaft in Winterthur, vom Appellationsgericht am 27. Januar 1887 bestätigt, ausgeführt hat.[1]) Denn derjenige, welchem aus diesem zwi-

---

[1]) Dieses Urtheil spricht sich folgendermassen aus: Die Einrede des Beklagten, dass dem Kläger die Activlegitimation zum Process fehle, ist eine unstichhaltige. Der Unfallversicherungsvertrag ist seinem Wesen nach ein Vertrag zu Gunsten Dritter, denn mit demselben werden durch den Arbeitgeber Dritte, nämlich die Arbeiter, gegen die sie treffenden Unfälle sicher gestellt, versichert. Diesem Verhältniss entspricht der Sprachgebrauch, indem derjenige, welcher den Vertrag abschliesst, der Arbeitgeber, als der Versicherungsnehmer, derjenige, dem aus diesem Vertrag eventuell etwas zukommen soll, der Arbeiter, Versicherter heisst. Es ist nun allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber nicht seine Arbeiter gegen die sie treffenden Unfälle versichert, sondern sich selbst gegen den Schaden, der ihm auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen oder auf Grund des Haftpflichtgesetzes aus den seine Arbeiter treffenden Unfällen erwachsen wird; in diesem Fall aber ist er nicht nur Versicherungsnehmer, sondern zugleich auch Versicherter. Es werden also im einzelnen Fall die Bestimmungen der Police massgebend sein müssen. Die vom Kläger ins Recht gelegte Police bezeichnet nun aber deutlich den Arbeitgeber als Versicherungsnehmer, d. h. als diejenige Person, welche mit der Gesellschaft den Vertrag abgeschlossen hat und welche sich derselben gegenüber zu Leistungen verpflichtet hat, für welche sich die Gesellschaft einzig und allein an ihn zu halten hat; die Arbeiter aber bezeichnet sie als Versicherte, d. h. als diejenigen, denen bei eintretendem Unfall die durch den Vertrag des Versicherungsnehmers stipulierten Entschädigungssummen zukommen sollen. Es kann sich daher lediglich noch fragen, ob

schen dem Arbeitgeber als Versicherungsnehmer und der Versicherungsgesellschaft abgeschlossenen Vertrag eventuell etwas zukommen soll, ist der Arbeiter, der Versicherte.

Allerdings ist vielfach, wie speciell auch im vorliegenden Falle, der Zweck des Vertrages nicht nur der, den Arbeiter gegen die Folgen des Unfalls, sondern auch den Arbeitgeber gegen die durch die Gesetze ihm auferlegte Haftpflicht für Unfälle seiner Arbeiter zu versichern. In diesem Fall ist der Arbeitgeber nicht nur Versicherungsnehmer, sondern zugleich auch Versicherter. Das schliesst aber nicht aus, dass der Vertrag doch als ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten, nämlich des Arbeiters, zu betrachten ist. Denn die Leistung der Versicherungsgesellschaft soll zu Gunsten des Arbeiters, nicht des Arbeitgebers erfolgen.

Es ist somit nach Art. 128 l^a 2 O. R. zu untersuchen, ob es die Willensmeinung der Contrahenten war, dass der Dritte selbständig die Erfüllung fordern könne. Massgebend sind hiefür die Bestimmungen der Police. Diese entbehren der wünschbaren Klarheit über diesen Punkt und widersprechen sich vielfach.

Art. 8 der allgemeinen Bedingungen bestimmt allerdings, dass der Vertrag nur zwischen dem Versicherungsnehmer und der Gesellschaft Recht macht, und Vereinbarungen zwischen ersterem und seinen Arbeitern betr. Betheiligung an der Prämie die Gesellschaft nicht berühren, und dass die von einem Unfall Betroffenen die Gesellschaft mit keinen andern klägerischen Angriffen behelligen können, als mit solchen, welche durch „Pfändungen oder Einsprachen" begründet werden; dagegen sagt Art. 7, dass die Höhe der Entschädigung „zu Gunsten" der Arbeiter festgesetzt werde. Art. 9 spricht vom Verlust des Rechtes des „von einem Unfall Betroffenen oder sonst auf die Versicherungssumme Be-

---

es die Willensmeinung der Contrahenten war, dass die Versicherten auch selbständig die Erfüllung fordern könnten. Die Police spricht sich hierüber nicht bestimmt aus. Es muss diess aber als stillschweigende Willensmeinung der Contrahenten aufgefasst werden, denn wenn auch § 24 nur den regelmässigen Fall von Klagen des Versicherungsnehmers in Betracht zieht, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass nicht auch dem Versicherten ein solches Klagrecht zustehen soll, diess um so mehr nicht, als in § 21 l^a 2 noch besonders stipuliert wird, dass die Gesellschaft durch Zahlung der Entschädigungssumme von allen weitern Ansprüchen seitens des Versicherten bezüglich des betreffenden Unfalls befreit wird.

rechtigten". Art. 10 setzt fest, dass in solchen Fällen den von Unfällen betroffenen Lohnarbeitern keine Entschädigung ausbezahlt wird; ebenso setzt Art. 11 l^a 2 die aus der Police Berechtigten dem Versicherungsnehmer gegenüber, und Art. 33 sieht den Fall vor, dass der Versicherte Rechtsstreitigkeiten anhängig macht. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob die Willensmeinung der Parteien war, dass die versicherten Arbeiter den Process betreffend Festsetzung der Entschädigung selbständig gegen die Gesellschaft führen können, jedenfalls ergiebt sich so viel, namentlich aus Art. 8 l^a 2 der Police, dass die Entschädigung durch die Gesellschaft direct an die vom Unfall Betroffenen ausbezahlt werden soll. Wenn nun, wie hier, die Haftpflicht des Versicherungsnehmers und die Höhe der Entschädigung gerichtlich festgesetzt sind, so ist durch die Police zum mindesten nicht ausgeschlossen, dass die Versicherten, an welche diese Summe direct ausbezahlt werden soll, diese Auszahlungen auch selbständig einklagen können. Wollte die Gesellschaft diess ausschliessen, so war es ihre Sache, die von ihr aufgestellten Versicherungsbedingungen klarer zu fassen. Es ist somit den Klägern ein selbständiges Klagrecht gegen die Beklagte zuzusprechen. Selbstverständlich kann jedoch die Beklagte den klagenden Versicherten so gut wie den klagenden Versicherungsnehmern gegenüber die ihr aus der Police zustehenden Einreden geltend machen.

(Es wird nun weiter erörtert, dass zwar Art. 11 der allgemeinen Bedingungen die Verantwortlichkeit der Gesellschaft ausdrücklich wegbedingt für den aus Zuwiderhandlung gegen Baupolizeiverordnungen u. dgl. entstehenden Schaden — welcher Fall hier vorlag —, dass aber handschriftliche Zusätze doch wieder auch diese Ausnahme ausgeschlossen haben; in welchem Umfange sie sie preisgegeben, darüber waren dann die beiden Instanzen verschiedener Meinung; diese Erörterungen hier mitzutheilen unterlassen wir, weil sie keine grundsätzliche Bedeutung haben, sondern auf Vertragsinterpretation hinauslaufen.)

---

18. *Verjährung. Fünf- oder zehnjährige? Begriff des Ausdrucks „Lebensmittel und Kleinverkauf von Waaren". Art. 147, Ziff. 2 und 3 O. R.*[1])

a) **Zürich.** Entsch. der Rekurskammer des Obergerichts v. 15. Mai 1891.

A. kaufte im Jahr 1881 auf einer Gant ca. 20 Zentner

[1]) S. auch Revue IX Nr. 83.

Heugras für 123 Fr. Im Februar 1891 für den Kaufpreis belangt, erhob er die Einrede der Verjährung; die 10jährige Verjährungsfrist sei allerdings noch nicht abgelaufen, aber es komme die fünfjährige zur Geltung, weil es sich um einen Anspruch auf Lieferung von Lebensmitteln (Heu für ein Droschkenpferd) und aus Kleinverkauf von Waaren handle. Die Einrede wurde verworfen.

Motive: Es ist klar, dass wenn Jemand stehendes Gras verkauft, das keine Lieferung von Lebensmitteln im Sinne des Gesetzes ist und ebensowenig ein Kleinverkauf von Waaren, unter welchem nach einer jüngsten Entscheidung der Rekurskammer nur der gewerbsmässige Detailverkauf zu verstehen ist. Mit der Lieferung von Lebensmitteln sind auf gleiche Linie gestellt „Beköstigung und Wirthsschulden", und dieser Umstand wie überhaupt die Natur der Sache deuten darauf hin, dass der Gesetzgeber hier nur Lebensmittel für Menschen im Auge gehabt hat.

b) **Zürich.** Entsch. der Rekurskammer des Obergerichts v. 1. Juni 1891.

Der Inhaber einer Ziegelbrennerei lieferte einem Landwirth in einzelnen Posten Ziegelwaaren, Kalk, Ziegel und Doppelsteine im Gesammtbetrage von Fr. 326.50. Für den Schuldrest von Fr. 15 betrieben erhob der Käufer die Verjährungseinrede, weil es sich um einen Anspruch aus Kleinverkauf von Waaren handle und die fünfjährige Klagfrist abgelaufen sei. Auch hier wurde die Einrede verworfen.

Motive: Es kann keinem begründeten Zweifel unterliegen, dass hier die zehnjährige Verjährungsfrist Anwendung finden muss, welche noch nicht abgelaufen ist. Für den Begriff des „Kleinverkaufs von Waaren" im Sinne des Gesetzes ist der Umfang der Lieferung und dementsprechend auch des Fakturabetrages an und für sich gleichgültig. Bei gegentheiliger Auffassung wüsste Niemand, wo die Grenze zu ziehen wäre. Das Kriterium liegt an einem andern Orte, nämlich in der Natur des betreffenden Gewerbebetriebes. Wo der Geschäftsbetrieb seiner kaufmännischen Natur nach ein „Kleinbetrieb" ist, wo er den Character des Detailhandels an sich trägt, da sind die Ansprüche aus Lieferungen solche aus „Kleinverkauf von Waaren". Dem entsprechend sagt der französische Text des Art. 147: „Se prescrivent par cinq ans: 3. Les actions des marchands en détail pour leurs fournitures". Dieser Fall liegt hier nicht vor. Das Fabrikationsgewerbe eines Ziegeleibesitzers ist kein derartiges Geschäft. Es gehört dessen Betrieb gegentheils zum „Grossbetrieb", wie das von den meisten,

wenn nicht von allen Fabrikationsgewerben wird gesagt werden müssen im Gegensatz zu den reinen Handelsgeschäften, bei denen es sich nur um Kauf und Verkauf handelt.

---

19. *Verzugszinsen. Unanwendbarkeit des eidgenössischen Rechts (Art. 120 O. R.) auf Zinsen grundversicherter Darlehen. Art. 337 O. R.*

Luzern. Entscheid der Justizcommission des Obergerichts vom 24. April 1890.

Geschäftsagent D. betrieb den X. W. für einen Gültzins von Fr. 100 pro 1889 und bezog vom Betriebenen ausserdem Fr. 1. 85 als Verzugszins zu 5% vom Tage der Betreibung an. X. W. beschwerte sich darüber bei der Justizcommission und verlangte Rückerstattung dieses Betrages und Ueberweisung des D. an den Strafrichter wegen Wucher nach § 600 des bürg. G. B. D. berief sich hiegegen auf Art. 120 O. R. Die Justizcommission hielt den D. zur Rückerstattung des Verzugszinses von Fr. 1. 85 an, in Erwägung:

Dass die Beschwerde ihre materielle Begründung in dem Art. 337 O. R. findet, wonach für grundversicherte Darlehen, inbegriffen das dabei zulässige Maximum des Zinsfusses, das kantonale Recht vorbehalten bleibt, weshalb Art. 120 O. R. auf liegende Zinse nicht Anwendung findet, sondern § 599 des b. G. B.[1]), welcher Zins vom Zins zu nehmen untersagt;

dass dagegen ein hinreichender Grund zu einem Vorgehen im Sinne des § 600 b. G. B. nicht gegeben erscheint, da Querulat bei seiner Gesetzesauslegung in gutem Glauben sein konnte und Beschwerdeführer zudem gegen die Betreibung auf den fraglichen Verzugszins nicht Recht dargeschlagen hat.

---

20. *Mandat. Achat d'un titre, action du mandant contre le mandataire en restitution de celui-ci. Art. 398 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 1er septembre 1891 d. l. c. Masse Glas c. Cherpillod.

Sur ordre d'E. Cherpillod, G. Glas, banquier à Vevey, a acheté pour le compte de celui-ci, en 1888, un lot du canal de Panama pour le prix de fr. 360.90, prix qui a été

---

[1]) § 599: Zinsen von Zinsen dürfen nicht genommen werden, doch können zweijährige oder noch ältere Zinsrückstände mittels Uebereinkommen als ein neues Capital verschrieben werden.

tout de suite saldé à Glas par Ch. Le titre est resté en dépôt chez Glas. La faillite Glas étant survenue le 20 nov. 1890, Ch. a réclamé la restitution du lot. Le liquidateur de la masse a répondu que le titre était retenu par la société générale à Paris en couverture d'une dette de Glas; qu'il s'efforcera d'obtenir la restitution du titre et qu'à ce défaut il admettra Ch. créancier en 6e classe pour fr. 76, valeur du titre réclamé. Ch. a ouvert action en ce sens qu'à défaut de la restitution du titre, il doit être admis comme créancier chirographaire de la masse G. d'une somme de fr. 360.90 avec intérêts à 5% dès l'époque à laquelle cette valeur a été remise au discutant à charge d'en faire un emploi déterminé. La masse a conclu au rejet de la demande, entre autres par le motif que la valeur à restituer est celle du titre au moment de la faillite. Le Tribunal a donné gain de cause au demandeur.

Motifs: Considérant que G., mandataire de Ch., avait reçu de ce dernier, pour remplir son mandat, une somme de fr. 360.90.

Qu'aux termes de l'art. 398 C. O., le mandataire est tenu de rendre compte au mandant de sa gestion et de lui faire raison de tout ce qu'il a reçu en vertu de la dite gestion.

Considérant que, vu cette disposition légale, les explications et justifications de l'emploi de la somme reçue par G. devenaient inutiles en présence du fait que l'objet dont l'acquisition devait avoir lieu au moyen de dite somme n'était pas représenté et livré au mandant par le mandataire.

Que c'est donc bien de la restitution d'une valeur de fr. 360.90 c. qu'il s'agit et non d'une somme dont la supputation devait dépendre de la valeur en bourse de tel ou tel titre.

---

21. *Collectivgesellschaft. Die laut Gesellschaftsvertrag nöthige Uebereinstimmung der Gesellschafter für Anstellung von Personal bedingt nicht auch die Uebereinstimmung für Entlassung.*

Zürich. Urtheil der Recurskammer des Obergerichts v. 6. Mai 1891 i. S. Hallheimer c. Gutmann.

Von den beiden Antheilhabern der Collectivgesellschaft „Gutmann und Hallheimer" kündete der eine (Hallheimer) Namens der Firma dem angestellten Buchhalter die Stelle. Der andere Gesellschafter war mit dieser Kündigung nicht einverstanden und es kam darüber zum Rechtsstreit zwischen

den beiden Associés. Das Gericht schützte die von Hallheimer vorgenommene Kündigung.

Motive: Der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass für die Anstellung von Personal (abgesehen von Lehrlingen und Volontairs) das Einverständniss beider Theile erforderlich sei, und bei Meinungsverschiedenheiten die in Frage stehende Besetzung unterbleiben müsse. Nun ist es sicherlich nicht logisch, aus dieser vertraglichen Forderung des Consenses beider Antheilhaber rücksichtlich der Besetzung der Stellen den Schluss zu ziehen, dass auch für die Entlassung von Personal die Willensübereinstimmung der beiden Gesellschaftsinhaber erfordert werde; es muss vielmehr im Gegentheil daraus der Schluss gezogen werden, dass wenn hinsichtlich der Beibehaltung oder Entlassung eines Angestellten Differenzen entstehen, der Wille des die Entlassung begehrenden Gesellschafters ausschlaggebend und als Wille der Gesellschaft anzuerkennen ist, gerade weil die von der Gesellschaft eingegangenen Dienstverträge den fortdauernden Consens der Gesellschafter voraussehen.

---

22. *Lettre de change. La mention „sans frais" ne dispense pas du protêt à l'égard des signataires antérieurs. Enrichissement illégitime. Art. 762, 763, 813 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 7 septembre 1891 d. l. c. Raffini c. dame Yssartel.

La dame Yssartel-Ravon a remis à Raffini, en paiement de marchandises que ce dernier lui avait vendues et livrées, une traite de fr. 271.05 c. sur Moncany, cafetier à Genève, acceptée par ce dernier. Raffini endossa cette traite à l'ordre de Baup et Cie, banquiers, à Nyon, qui l'endossèrent à leur tour à la Banque de Genève. La traite demeura impayée à son échéance, mais le porteur ne fit pas dresser de protêt; malgré cette circonstance, Raffini la remboursa à Baup et Cie, puis il assigna dame Yssartel-Ravon devant le Tribunal de commerce de Genève, en paiement, avec intérêts, de la somme de fr. 272.75 c., montant de la traite en capital et frais de retour.

La dame Y. a opposé à la poursuite de Raffini les dispositions de l'art. 762 C. O., aux termes duquel, pour qu'un recours puisse être exercé contre le tireur et les endosseurs, il faut: 1° Que la lettre de change ait été présentée au paiement; 2° Que cette présentation et le défaut de paiement aient été constatés par un protêt dressé en temps utile. —

Raffini a soutenu, à l'appui de sa demande: 1° que le porteur ne pouvait faire protester la traite, puisqu'elle portait la mention sans frais; 2° qu'à supposer même qu'il fût déchu de ses droits, en tant qu'il pouvait invoquer le droit de change, il conservait néanmoins, aux termes de l'art. 813, § 2, une action contre l'intimée pour enrichissement illégitime, et il a offert de prouver subsidiairement cet enrichissement illégitime, soit le fait qu'il avait fourni à dame Yssartel des marchandises pour une somme bien supérieure à celle de l'effet Moncany.

Le Tribunal a débouté Raffini de sa demande et ce jugement a été confirmé par la Cour de Justice civile.

Motifs: En ce qui concerne la violation des art. 762 et 763, C. O.:

Attendu que l'appelant prétend que le jugement attaqué a violé ces articles de loi parce qu'il a rejeté le recours dirigé par lui contre l'intimée, malgré que la mention „sans frais“ eût été apposée sur l'effet, mention qui, aux termes de l'art. 763, dispense le porteur de faire dresser le protêt;

Attendu qu'il a été affirmé par l'intimée, que la mention „sans frais“ n'avait été apposée sur l'effet que postérieurement à l'endossement fait par elle à l'ordre de Raffini;

Que ce dernier le reconnaît, et que, d'ailleurs, cette mention accompagne l'endossement par Raffini à l'ordre de Baup et Cie.;

Qu'il prétend seulement que l'ordre de ne pas faire le protêt est opposable à tous les signataires, même au tireur et aux endosseurs qui précèdent celui qui a donné l'ordre;

Attendu que cette prétention est mal fondée;

Qu'elle ne s'appuie sur aucune disposition de la loi, et qu'il faudrait un texte précis pour qu'une mention, mise par un endosseur subséquent, puisse modifier les conditions du contrat de change à l'égard des endosseurs précédents;

Attendu, en conséquence, que non seulement les premiers juges n'ont pas violé les art. 762 et 763 C. O., mais qu'ils les ont sainement appliqués.

En ce qui concerne la violation de l'art. 813, § 2:

Attendu que le Tribunal de commerce a écarté l'argument tiré par l'appelant, de l'enrichissement illégitime que l'intimée ferait à ses dépens, par le motif que Moncany, le tiré, avait provision, et que, par conséquent, la dame Yssartel n'avait fait aucun bénéfice illégitime aux dépens de sieur Raffini;

Attendu qu'il n'est pas contesté, en fait, qu'en effet

Moncany eût provision, et que, par conséquent, l'intimée ait réellement fourni la contre-valeur de l'effet;

Que, par conséquent, les dispositions de l'art. 813, § 2, ne pouvaient être appliquées à la dame Yssartel;

Attendu que l'argument invoqué par Raffini, et qui consiste à dire que toutes les fois que l'accepteur peut être recherché, le tireur peut l'être aussi, parce que le texte de l'art. 813, § 2, est ainsi rédigé: „Néanmoins, l'accepteur et le tireur . . . . . restent obligés . . . . ." n'est pas sérieux, car, au moyen d'un tel raisonnement, on arriverait à condamner le tireur alors qu'il serait prouvé, comme dans l'espèce, qu'il ne fait aucun bénéfice aux dépens du porteur, condamnation qui serait contraire à la loi.

---

23. *Wechselrechtliche Bereicherungsklage des Art. 813 Abs. 2 O. R.*

Bern. Urtheil des App. und Cass. Hofes vom 31. October 1890 i. S. Brandoni c. Röthlisberger & Cie.

Am 19. December 1888 zogen R. & Cie. in Bern einen Wechsel an eigene Ordre im Betrag von Fr. 2165 zahlbar am 15. Mai 1889 auf M. Foa in Mailand, liessen denselben vom Bezogenen acceptieren und indossierten ihn hierauf an die Cantonalbank in Bern, von der er an die tessinische Cantonalbank und dann an die Bankiers A. und C. Brandoni in Mailand gelangte. Der Acceptant fiel am 15. März 1889 in Concurs. Brandoni unterliessen bei Verfall des Wechsels dessen Protestation und stellten gegen die Aussteller R. & Cie. eine Klage auf Vergütung der Wechselsumme an, behauptend, dass Beklagte sich mit ihrem Schaden um diesen Betrag bereichern würden. Die Beklagten wandten ein, es liege keine Bereicherung vor, da die Wechselziehung auf Grund gemachter Waarenlieferungen erfolgt sei, sie mithin dem Trassaten Deckung geleistet hätten. Kläger replicierten, das der Wechselbegebung zu Grunde liegende Verhältniss falle nicht in Betracht, es könne sich nur darum handeln, ob ein Schaden auf Seite der Kläger und eine Bereicherung auf Seite der Beklagten vorliege; in letzterer Beziehung sei hervorzuheben, dass der Anspruch an Foa schon zur Zeit des Verfalls des Wechsels werthlos gewesen sei, und dass in der Abgabe des Wechsels auf einen insolventen Schuldner und in der dadurch erlangten Deckung, die sie vom Schuldner auch bei rechtzeitiger Protestaufnahme nie erhalten hätten, eine Bereicherung liege. Das Gericht wies die Kläger ab.

Motive: Theorie und Praxis gehen darin einig, dass der Zweck der wechselrechtlichen Bereicherungsklage, wie solche in Art. 813 O. R. vorgesehen ist, dahin ziele, durch Rücksichtnahme auf die unterliegenden Verhältnisse den Inhaber oder Eigenthümer eines verjährten oder präjudicierten Wechsels vor einer mit seinem Schaden eintretenden Bereicherung des Acceptanten oder Ausstellers zu schützen. Dem Kläger liegt in Folge dessen nicht allein der Beweis eines erlittenen Schadens, sondern auch der einer dadurch stattgefundenen Bereicherung des Beklagten ob. Nun fehlt es der vorliegenden Klage in dieser Beziehung an der genügenden Substanziierung, und zwar hängt dies mit der von den Klägern entwickelten irrigen Theorie zusammen, wonach es auf das der Wechselausstellung unterliegende Verhältniss zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen nicht ankommen soll. Es steht fest, dass die Beklagten dem Trassaten Waarenlieferungen über den Betrag der erhaltenen Valuta hinaus gemacht haben, und also nicht um diesen Betrag bereichert worden sind. Dass der Trassat sich als zahlungsunfähig erwies, erscheint hiebei als gleichgültig, denn die Beklagten hatten einen rechtlich begründeten Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises für die dem Foa gelieferten Waaren, und wenn in Folge Versäumung der vorgeschriebenen Diligenz seitens der Kläger der wechselrechtliche Regress gegen die Beklagten verloren gegangen ist, so mögen zwar wohl die Kläger einen Schaden erleiden, jedenfalls aber ist den Beklagten von daher eine Bereicherung nicht zugeflossen, und es liegen mithin die gesetzlichen Voraussetzungen der Bereicherungsklage nicht vor.

---

24. *Gerichtsstand am Orte der geführten Verwaltung, ausgeschlossen durch B. V. Art. 59.*

St. Gallen. Entscheid der Recurscommission vom 18. November 1889.

A. und B., beide sesshaft in Zürich, sind Gläubiger desselben Schuldners in R., Kanton St. Gallen. Beide haben ihn rechtlich betrieben; A. für Fr. 206.05 am 21. Februar, B. für Fr. 613.95 am 27. März 1889. Am 2. Mai erfolgte für beide die Schatzung. Für das Guthaben des A. wurden Ladenwaaren geschätzt im Schatzungswerthe von Fr. 292.75; für dasjenige von B. andere Ladenwaaren im Werthe von Fr. 821.30. Beide Forderungen erschienen vollgedeckt, jede durch selbständige eigene Schatzungsgegenstände. Im Schatzungs-

schein des nachtreibenden B. war von irgendwelchen Vorrechten des vortreibenden A. nichts erwähnt. Am 1. Juli 1889 erfolgte die Versteigerung für beide Schatzungen. Diejenige des A. ergab anstatt Fr. 206.05 nur Fr. 107.90, diejenige des B. anstatt Fr. 613.95 nur Fr 278.85, beide zusammen Fr. 386.75. Gegen die Protestation des B., welcher den Erlös seiner Schatzung ungeschmälert für sich beanspruchte und dem vortreibenden A. keinerlei Vorrecht daran zuerkannte, wurde auf Weisung der Oberbehörde aus dem Gesammterlöse beider Schatzungen zuerst A. für seine Forderung nebst Kosten Fr. 213.20 vollausbezahlt und dem B. nur die noch übrigbleibenden Fr. 173.55 zugetheilt. Nun belangt B. den A. vor Vermittleramt und Bezirksgericht R. (St. Gallen) auf Rückerstattung der aus dem Schatzungserlöse des B. unrechtmässig erhaltenen Fr. 105.30 unter Berufung auf eine inzwischen erwirkte neue Verfügung der Oberbehörde, laut welcher die frühere Weisung zurückgenommen werde, weil sie auf der erst nachträglich als irrig erwiesenen Voraussetzung beruht habe, dass beide Schatzungen auf dieselben Pfänder gelautet haben. — A. bestreitet, gestützt auf Art. 59, Abs. 1 B. V. mit Uneinlässlichkeitsvorfrage die Zuständigkeit der st. gallischen Gerichte, aber das Bezirksgericht hat ihn mit dieser Vorfrage abgewiesen und zur Einantwortung in Hauptsachen pflichtig erklärt.

Auf die Rekursbeschwerde des A. hat die Rekurscommission diesen Gerichtsentscheid nichtig erklärt:

Durch Art. 59, Abs. 1 der Bundesverfassung ist das Geltungsgebiet des im Art. 5, litt. b, proc. civ. neben dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten, je nach der Wahl des Klägers, alternativ zulässigen, besondern Gerichtsstandes „am Orte der geführten Verwaltung“ für diejenigen Fälle ausgeschlossen, in welchen der Beklagte seinen ordentlichen Gerichtsstand des Wohnortes in einem andern Kanton hat. Bundesgerichtliche Entscheidungen, III S. 45. Dabei kann unerörtert bleiben, ob überhaupt die schuldentriebrechtliche Thätigkeit des Gemeindeamtes unter den Begriff der „Verwaltungsführung“ im Sinne des Art. 5, litt. b. proc. civ. zu subsumieren sei. — Die Klage auf Rückerstattung des auf amtliche Anordnung dem A. aus dem Schatzungserlöse des B. angeblich unbefugt ausbezahlten Betrages erscheint als eine persönliche Ansprache, für welche der aufrechtstehende A. an seinem Wohnorte (Zürich) gesucht werden muss; geradeso wie die gegen ausserkantonale Konkursgläubiger gerichtete Rückerstattungsklage für solche Be-

träge, welche die Konkursbeamtung vorzeitig und irrig an jene Gläubiger ausbezahlt hatte. (Rekursentscheid des Bundesrathes vom 6. November 1872; Bundesblatt 1872, III S. 914/19, Erwäg. 2.) Ein Verzicht des A. auf den verfassungsmässigen Gerichtsstand des Wohnortes kann nicht abgeleitet werden, weder aus der Nichterhebung der gerichtsablehnenden Einrede vor Vermittleramt R. (Bundesgerichtliche Entscheidungen, III S. 447, VIII S. 426), noch auch aus dem Anbringen dieser Einrede vor dem für die Hauptklage als nichtzuständig perhorreszirten Bezirksgericht in R. (Bundesgerichtliche Entscheidungen, I S. 142, Erwäg. 4; IX S. 147.)

---

25. *Eisenbahnfrachtrecht. B.-Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen vom 20. März 1875, Art. 31. 45.*

Zürich. Urtheil des Handelsgerichts vom 24. April 1891 i. S. Imfeld c. Nordostbahn.

X. Imfeld hatte mehrere Reliefs auf der Pariser Weltausstellung ausgestellt. Nach deren Schluss verpackte sie das schweizerische Generalcommissariat mit den Angaben „oben", „dessus", „fragile" nach Imfelds Instruction und adressierte sie an die Speditoren Danzas & Cie. in Basel, welche sie mit neuem Frachtbrief an Prof. Heim in Zürich sandten. Als Imfeld bei diesem und in seiner Gegenwart die Kisten öffnete, ergab sich, dass der Inhalt einer Kiste, drei Sectionen der Centralschweiz, zerschlagen und total unbrauchbar waren, was nur dadurch entstanden sein kann, dass die Kiste umgestürzt gefahren wurde und die Reliefs, die nun nicht mehr auf den Brettern ruhten, aus den Schrauben fielen. Eine von Imfeld gegen die Nordostbahn erhobene Klage wurde abgewiesen, weil er im Frachtbrief weder als Versender noch als Empfänger genannt, somit nicht zur Klage legitimiert sei. Er liess sich nun von Danzas & Cie. ihre Rechte aus dem Frachtbriefe abtreten und klagte nochmals auf Zahlung einer Entschädigung von 1200 Fr. Die Nordostbahn wandte ein: 1. Der Anspruch von Danzas & Cie., als deren Cessionar Kläger jetzt auftrete, sei durch vorbehaltlose Annahme des Guts und Unterlassung jeder Reclamation von ihrer (D. & Cie.) Seite nach Art. 45 des Eisenbahntransportgesetzes erloschen; die an sich rechtzeitig erhobenen Reclamationen des Klägers aus der Zeit vor der Cession fallen ausser Betracht; 2. vor dem Auspacken der Kiste sei die vom Gesetz (Art. 45 Ziff. 2 cit. und Art. 121

Ziff. 1 Transportreglements) geforderte amtliche oder doch contradictorische Feststellung des Thatbestandes unterlassen worden; 3. äusserlich erkennbare Mängel seien bei Aufgabe des Frachtbriefes Basel Zürich nicht vorhanden gewesen, somit liege Kläger der Beweis auf, dass die Waare damals intact gewesen sei; die Vermuthung von Art. 31 leg. cit. für den guten Zustand des Frachtgutes bei vorbehaltloser Annahme durch die Bahn gelte nur für den hier nicht vorliegenden Fall, dass bei der Ablieferung äusserlich erkennbare Mängel vorhanden seien; diese Ansicht ergebe sich aus dem Vergleich von Art. 31 mit Art. 14 des Gesetzes. — Das Handelsgericht hat die Klage gutgeheissen.

Motive: 1. Unhaltbar ist der Standpunkt der Beklagten, dass der Kläger sich nicht auf die Schritte berufen könne, die er zur Wahrung der Schadenersatzansprüche gethan hat. Wer die nach Art. 45 Abs. 2 leg. cit. binnen längstens 30 Tagen seit der Ablieferung äusserlich intacter Waaren erforderliche Anzeige von Mängeln oder Feststellung des Thatbestandes vorzunehmen habe, ist im Gesetz nicht gesagt; es ist auch gleichgültig, ob dies von Seite des Versenders oder des Empfängers oder des Eigenthümers geschieht, die Hauptsache ist, dass die Bahnverwaltung binnen kurzer Frist von der Unregelmässigkeit in Kenntniss gesetzt wird.

2. Die Beklagte setzt sich nun mit dem Wortlaut des Art. 42 Abs. 2 des Transportgesetzes in Widerspruch, wenn sie davon spricht, es müsse sowohl eine Benachrichtigung der Bahnverwaltung stattfinden, als die Feststellung des Thatbestandes durch die competente Behörde veranlasst werden. Das Gesetz schreibt das eine oder das andere vor, es ist somit keine Rede davon, dass wenn eine blosse Anzeige gemacht worden, die Schadenersatzansprüche verwirkt seien. Es ist auch nirgends gesagt, dass mit der Mängelanzeige zugleich die Schadenersatzforderung formulirt werden müsse.

3. Ist somit die Reclamation wegen Beschädigung des Frachtgutes nicht verwirkt, so kann die Beklagte die Haftpflicht für Schaden, der dem Frachtgut auf dem von ihr besorgten Transport zugestossen ist, nur ablehnen, wenn sie einen der in Art. 24 des Transportgesetzes vorgesehenen Entlastungsbeweise führt. Dafür aber, dass die Beschädigung der Reliefe erst nach Uebernahme des Frachtgutes durch die Beklagte auf dem Transport Basel-Zürich stattgefunden hat, spricht gemäss Art. 31 des Transportgesetzes eine Ver-

muthung, weil in dem Frachtbrief eine Bemerkung über die Aufgabe des Frachtgutes in beschädigtem Zustand nicht enthalten ist; gegen diese Rechtsvermuthung, welche den Kläger des Beweises dafür, dass das Frachtgut bei der Aufgabe in Basel gut beschaffen gewesen sei, enthebt, ist dann allerdings nach Art. 33 des Transportgesetzes der Gegenbeweis zulässig.

4. Die Beklagte hat nun freilich geltend gemacht, der Art. 31 des Transportgesetzes beziehe sich nur auf die Fälle, wo bei Ankunft des Frachtgutes ein Mangel an der Verpackung oder am Gute selbst äusserlich erkennbar sei, der Frachtbrief aber eine Bemerkung hierüber nicht enthalte; sie versucht jenen Artikel in Verbindung zu bringen mit Art. 14 des Transportgesetzes, wonach für die Folgen von äusserlich nicht erkennbaren Mängeln der Verpackung der Absender einzustehen hat, für die Folgen von Mängeln der Verpackung dagegen, welche schon bei der Absendung hätten bemerkt werden können, nur, wenn die Transportanstalt einen diesbezüglichen Vorbehalt in den Frachtbrief aufgenommen hat. Allein diese Interpretation ist durchaus unhaltbar.

Art. 31 des Transportgesetzes, welches überhaupt die Tendenz verfolgt, dem Publicum den weitgehendsten Schutz zu Theil werden zu lassen, stellt ganz ausnahmslos und ohne Beschränkung für den Fall, dass in dem Frachtbrief eine Bemerkung über die Aufgabe des Frachtgutes in beschädigtem Zustande nicht enthalten ist, hinsichtlich jeder nachher constatirten Beschädigung die Vermuthung auf, dass sie erst nach Uebernahme des Gutes entstanden sei. Der Art. 31 spricht also von Beschädigungen am Frachtgut, während der Art. 14 von den Mängeln der Verpackung handelt und zunächst allerdings den Versender für gehörige Verpackung des Frachtgutes verantwortlich macht, dann aber in Absatz 3 zu Gunsten des Absenders und zum Nachtheil der Transportanstalt bestimmt, für die Folgen von offensichtlichen Mängeln der Verpackung hafte der Absender nur, wenn die Bahn diesbezüglich einen Vorbehalt angebracht habe. Während also die Beklagte aus diesem Art. 14 eine Begünstigung der Transportanstalt und eine Ausdehnung der Verantwortlichkeit des Absenders herauslesen will, enthält jene Bestimmung eine Einschränkung der Verantwortlichkeit des Absenders. Wenn die beklagtische Auffassung, wonach die Bahn bei äusserlich nicht erkennbaren Mängeln der Verpackung oder des Frachtgutes eine begünstigte Stellung ein-

nehmen würde, richtig wäre, so sollte man meinen, dass, sobald verborgene Mängel der Verpackung constatirt wären, zu Gunsten der Bahn die Vermuthung spreche, dass Schäden, die Folge mangelhafter Verpackung gewesen sein können, bis zum Beweise des Gegentheils auch wirklich als solche angesehen werden. Allein dies ist durchaus nicht der Fall, vielmehr hat die Bahn, um sich der Haftpflicht zu entziehen, erst noch zu beweisen, dass der Schaden wirklich Folge der mangelhaften Verpackung gewesen sei (Art. 24). Damit sollte genügend gezeigt sein, dass das Moment der äusserlichen Nichterkennbarkeit der Mängel auf die Rechtsvermuthung des Art. 31 des Transportgesetzes nicht von Einfluss ist, und dass das Vorhandensein verborgener Mängel der Verpackung die Haftung der Bahn nur insoweit berührt, als derselben der Beweis für ein eigenes Verschulden des Absenders offen steht.

5. Da es endlich der Beklagten nicht gelungen ist, den Nachweis zu führen, dass die Beschädigung schon vor Uebernahme des Frachtgutes durch dieselbe vorhanden gewesen sei, und desgleichen es nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens sehr unwahrscheinlich ist, dass die Beschädigung erst nach Ablieferung des Gutes entstanden sei, so ist als feststehend anzusehen, dass der eingetretene Schaden auf den Transport Basel-Zürich zurückzuführen ist, und demnach die Schadenersatzpflicht der Beklagten grundsätzlich zu bejahen. Die Höhe derselben bemisst sich gemäss Art. 25 des Transportgesetzes, wenn keine Werthdeclaration stattgefunden hat, nach dem Handelswerth, den das betroffene Frachtgut zur Zeit und an dem Ort, wo die Ablieferung hätte stattfinden sollen, besessen hat, es ist jedoch nicht mehr als 1500 Fr. vom Centner zu vergüten. Da die Angaben des Klägers bez. Gewicht und Handelswerth der beschädigten Sectionen von der Beklagten nicht bestritten sind und sich die Forderung des Klägers innerhalb der vom Gesetze aufgestellten Maximalgrenze hält, war die Klage im ganzen Umfange gutzuheissen.

(Vgl. Blätter für handelsr. Entscheidungen, Bd. X S. 209 ff.)

---

26. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Verzicht auf weitere Entschädigung. Verjährung des Anspruchs. B.-Ges. vom 25. Juni 1881 Art. 12. B.-Ges. vom 26. April 1887 Art. 9.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 2. October 1891 i. S. Rebholz c. Thonwaarenfabrik Emmishofen.

Rebholz, Arbeiter in der Thonwaarenfabrik E., beschädigte sich am 18. März 1890 bei der Arbeit den linken Fuss. Die Verletzung, Anfangs für unbedeutend gehalten, veranlasste eine länger dauernde Störung der Function des Fusses. Die Fabrik bezahlte dem Verletzten in drei Raten Fr. 866. 15, wofür letzterer auf alle weiteren Entschädigungsansprüche verzichtete. Am 22. Juli 1891 klagte er aber einen Schadenersatz von Fr. 6000 ein. Diese Forderung wurde theils mit der Einrede des Verzichtes, theils mit der der Verjährung bestritten (abgesehen von materiellen Einwendungen, die wir hier nicht berühren). Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht mit folgender Motivierung:

An und für sich wäre auf Grund von Art. 9 des erweiterten Haftpflichtgesetzes die Anfechtung des Abfindungsvertrages zulässig, wenn die dem Appellanten (Rebholz) verabfolgte Entschädigung eine offenbar unzulängliche gewesen wäre. Allein aus den Acten ergiebt sich, dass die Abrechnung sowohl die Kosten der ärztlichen Behandlung als auch den Ersatz für die Arbeitsunfähigkeit, somit sämmtliche gemäss Art. 6 des Haftpflichtgesetzes dem Arbeitgeber obliegenden Leistungen umfasst, und es sind keine Anhaltspunkte vorhanden, welche die entrichtete Entschädigung als offenbar unzulänglich und daher die Abfindung als anfechtbar erscheinen lassen.

Zu der Verzichtserklärung kommt aber die Verjährung des Klagerechtes hinzu. Nach § 12 des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 verjähren die Schadenersatzansprüche aus Haftpflicht nach einem Jahre, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Verletzung erfolgt ist; also beginnt die Verjährung nicht, wie der Appellant behauptet, erst mit dem Tage, an welchem die Abfindung vereinbart wurde. Im vorliegenden Falle fand die Verletzung am 18. März 1890 statt; die Klage wurde am 22. Juli 1891 eingeleitet; es dauerte also vom Tage des Unfalls bis zur Klageanhebung fast 4 Monate länger als ein Jahr und ist somit die Verjährungsfrist abgelaufen, vorausgesetzt, dass keine Unterbrechung derselben stattgefunden habe. Wenn der Appel-

lant in der Thatsache der zwischen den Parteien vereinbarten Abfindung eine Anerkennung des Klageanspruches und in den drei von der Appellatin geleisteten Zahlungen Abschlagszahlungen an die eingeklagte Forderung erblickt, welche Thatsachen gemäss Art. 154 O. R. eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt hätten, so übersieht er, dass die Klageforderung von Fr. 6000. — mit der von der Appellatin anerkannten und bezahlten weit niedrigeren Forderung keineswegs identisch ist, und dass die Appellatin keine blossen Abschlagszahlungen an die Klagesumme geleistet, sondern die durch die Abfindung festgesetzte Entschädigung vollständig bezahlt hat. In Bezug auf die zur Zeit im Streite liegende Forderung kann weder von einer jemals stattgefundenen Anerkennung, noch von Abschlagszahlungen, d. h. überhaupt von keinen Thatsachen, welche die Verjährung zu unterbrechen geeignet waren, gesprochen werden.

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

27. *Art. 30 Abs. 4 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 128 O. R. Bindung des Bundesgerichts an den kantonalgerichtlich festgestellten Thatbestand (Parteiwille). Versicherungsvertrag zu Gunsten eines bestimmten Dritten; Recht des Bedachten.*

Der Schneider Z. hat nach Abschluss des Verlöbnisses mit S. W. einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen und zwar laut Police „zu Gunsten von Frau und Kindern". Die S. W., welche damals bereits mit Z. zusammen lebte, zahlte auch, da Z. kein Geld hatte, die erste Prämie und erhielt darauf von Z. die Police mit den Worten: „Das ist jetzt dein Eigenthum; möchte da passiren, was da wollte, so hast Du doch etwas; die Versicherung ist ja auch zu Deinen Gunsten errichtet und zu Gunsten allfälliger Kinder aus unserer Ehe." Noch am gleichen Tage ist Z. beim Baden ertrunken. Gestützt auf eine Policenbestimmung, wonach „die Auszahlung der Lebensversicherungssumme gegen Aushändigung der Police an den Präsentanten derselben erfolgt, der seitens des zur Erhebung Berechtigten als zur Feststellung und Empfangnahme der auszuzahlenden Summe bevollmächtigt gelten soll, und die Versicherungsgesellschaft zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Legitimation des Präsentanten zu prüfen", erhob die S. W. die Lebensversicherungssumme. Ueber den Nachlass des Z. wurde Konkurs eröffnet und von einem Gläubiger Einwerfung der Versicherungssumme in die Konkursmasse verlangt. Das kantonale Gericht wies die Klage ab, mit der Begründung, „durch die Beweisführung sei dargethan, dass ganz abgesehen von der seitens der Beklagten geleisteten Prämienzahlung Z. sein Leben wirklich zu Gunsten der S. W. versicherte, die er im Momente der Uebergabe der Police als seine zukünftige Ehefrau betrachtete; sie sei dess-

halb auch vollkommen und zwar als Eigenthümer, eventuell als Beschenkte zum Bezug des Lebensversicherungskapitals berechtigt gewesen.“ Vor Bundesgericht machte der Kläger namentlich geltend, die Police sei zu Gunsten von Frau und Kindern ausgestellt; aus derselben könne daher die Braut keine Rechte herleiten. Ein Anspruch hätte derselben nur aus einer Cession der Police erwachsen können; dieselbe setze aber zur Wirksamkeit gegen Dritte schriftliche Beurkundung voraus. Das Bundesgericht bestätigte aber das kantonale Urtheil; Gründe: Die kantonalen Gerichte, sowohl das Bezirksgericht in seinem angefochtenen Endurtheile als bedingterweise auch das Obergericht des Kantons A. in seinem Beweisurtheile,[1]) stellen gestützt auf die Beweisaufnahme fest, der Kridar habe sein Leben zu Gunsten der Beklagten versichert, mit der er verlobt gewesen und die er als seine zukünftige Ehefrau betrachtet habe. Hierin liegt eine Feststellung des Parteiwillens beim Vertragsschlusse, welcher ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde liegt und welche daher für das Bundesgericht verbindlich ist. Allerdings sind nach dem Wortlaute der Police als Begünstigte „Frau und allfällige Kinder“ bezeichnet. Allein die kantonalen Gerichte stellen nun eben, indem sie neben dem Wortlaute der Police in zulässiger Weise (Art. 16 O. R.) auch anderweitige Momente der Interpretation berücksichtigen, fest, dass im Sinne beider Kontrahenten unter der Bezeichnung „Frau“ die Beklagte, trotzdem sie noch nicht die Ehefrau, sondern erst die Braut des Versicherungsnehmers war, in ihrer Eigenschaft als Braut gemeint gewesen sei. Diese Feststellung ist für das Bundesgericht verbindlich. Ist aber danach der Versicherungsvertrag zu Gunsten der Beklagten abgeschlossen worden, so hat diese, da die Absicht der Parteien offenbar darauf gerichtet war, zufolge des Versicherungsvertrages mit dem Tode des Versicherungsnehmers ein eigenes, selbständiges und unwiderrufliches Recht auf den Bezug der Versicherungssumme erworben, kraft dessen sie deren Ausbezahlung zu fordern

---

[1]) Das O.-G. hat sich in diesem Urtheile folgendermassen ausgesprochen: „Wenn die Behauptung der W. — bezüglich der oben wiedergegebenen Aeusserung des Z. bei Uebergabe der Police an die W. — sich als wahr herausstellt, so muss der Richter gestützt auf diese und die andern juristisch bereits festgestellten Thatsachen es als gewiss annehmen, dass der Kridar sein Leben zu Gunsten der W. versicherte, mit der er verlobt war und die er als seine zukünftige Frau betrachtete.“

berechtigt war (Art. 128 O. R.). Einer Abtretung der Police an sie bedurfte es danach nicht.[1]) (Entsch. v. 11. Dez. 1891 i. S. Rosenthal c. Weniger.)

---

28. *Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilsachen und Art. 182 O. R. 1) Anwendung des eidg. Privatrechtes kraft kantonaler Prozessvorschrift wegen Unkenntniss ausländischen Rechtes. 2) Voraussetzung der richterlichen Ermässigung von Konventionalstrafen.*

1. Wenn die Vorinstanz, ungeachtet nach dem muthmasslichen Parteiwillen ausländisches Recht zur Anwendung käme, eidgenössisches Recht gestützt auf Art. 289 des zürcherischen Prozessgesetzes desshalb anwendet, weil sie vom Inhalte des ungarischen Rechts keine sichere Kenntniss habe, so muss diess auch für das Bundesgericht massgebend sein. Denn die sachbezügliche Entscheidung der Vorinstanz beruht auf der, zweifellos gültigen, mit keinem Grundsatze des eidg. Privatrechts unvereinbaren, prozessualischen Vorschrift des kantonalen Rechtspflegegesetzes, dass der Richter fremde Gesetze, da wo solche nach den Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung kommen, allerdings von Amtes wegen zu beachten habe, allein nur dann, wenn er sichere Kenntniss von deren Inhalt besitzt, während es Sache der Partei, welche sich auf fremdes Recht beruft, ist, nöthigenfalls dem Richter dessen Inhalt nachzuweisen. 2. Von der in Art. 182 O. R. dem Richter eingeräumten Berechtigung ist nur dann Gebrauch zu machen, wenn die stipulirte Strafe in gar keinem Verhältnisse zu der Bedeutung der Vertragsverletzung mehr steht und damit die Grenzen der Billigkeit und Gerechtigkeit augenscheinlich überschreitet; würde darin

---

[1]) Da die Parteien das kantonale erstinstanzliche Haupturtheil, gemäss Art. 29 Abs. 3 Org.-Ges., direkt an das Bundesgericht weiter gezogen hatten, so waren die Erwägungen dieses Urtheils massgebend für die Beurtheilung der Frage, inwiefern eine das Bundesgericht bindende thatsächliche Feststellung vorliege. Danach dürfte es aber doch sehr zweifelhaft sein, ob die vom B.-Gerichte angenommene thatsächliche Feststellung wirklich vorliege, und hätte u. E. das Bundesgericht richtiger gethan, die Frage, ob die W. (als „Eigenthümerin oder eventuell als Beschenkte“ wie das kantonalgerichtliche Urtheil sich sehr unbestimmt und unklar ausdrückt), zum Bezuge der Versicherungssumme berechtigt gewesen sei, selbst zu entscheiden, statt sich auf die Annahme einer thatsächlichen Feststellung des kantonalgerichtlichen Urtheils zu stützen.

weiter gegangen, so würden entgegen der klaren Absicht des Gesetzes die Parteien gehindert, durch Vereinbarung scharfer Konventionalstrafen einen wirksamen Ansporn zu pünktlicher Erfüllung von Vertragsverbindlichkeiten zu setzen. (Entsch. v. 11. Dezbr. 1891 i. S. Wulff c. Price.)

---

29. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilstreitigkeiten und Art. 141 O. R. Schenkungsweiser Nachlass einer Forderung vermittelst Quittungsertheilung; Competenz des Bundesgerichtes.*

Durch Kaufvertrag vom 9. Juni 1886 verkaufte F. A. einzelnen seiner Söhne seine Liegenschaften. Nach seinem Tode belangte die Erbschaft die Käufer aus dem erwähnten Kaufvertrage auf Bezahlung einer Kaufrestanz. Die Beklagten beriefen sich dem gegenüber darauf, dass sie zufolge einer vom Gemeindeweibel von Seelisberg Namens F. A. ausgestellten Quittung die gesammte Kaufpreisschuld abbezahlt haben. Das kantonale Gericht hat die Klage für begründet erklärt, indem es ausführte: es ergebe sich (aus verschiedenen Thatumständen), dass eine Zahlung thatsächlich nicht geleistet worden sei. Ebenso wenig sei erwiesen, dass Vater A. die Absicht gehabt habe, den Söhnen die restirende Kaufpreiszahlung zu schenken.

Das B.-Gericht, an welches die Beklagten den Prozess weiter zogen, erklärte sich incompetent. Gründe: Es ist in der Sache nicht eidgenössisches, sondern kantonales Recht anwendbar. Die einzige Einwendung, welche die Beklagten der Klageforderung, soweit dieselbe noch aufrechterhalten wird, ernstlich entgegengestellt haben, ist die, Vater A. habe ihnen dieselbe schenkungsweise nachgelassen. Nun bestimmt aber Art. 141 des O. R. ausdrücklich, dass der schenkungsweise Nachlass durch das kantonale Recht bestimmt werde. Nach kantonalem und nicht nach eidgenössischem Recht beurtheilt sich also, ob die Voraussetzungen eines schenkungsweisen Nachlasses vorliegen, speziell ob die Absicht zu schenken auf Seiten des Gläubigers der angeblich schenkungsweise nachgelassenen Forderung erwiesen sei.[1] (Entsch. v. 9. Januar 1892 i. S. Aschwanden c. Aschwanden.)

---

[1]) Vgl. hiezu einerseits Dernburg, Pandecten II S. 144/145 (1. Aufl.) bei Note 14—16 und die dortigen Citate; Bähr, zur Beurtheilung

30. *Art. 50 ff., Art. 876 O. R. 1) Ausschliessliches Recht des Miethers eines Geschäftslokals auf eine Geschäftsbezeichnung (Wirthshausschild); Untergang desselben. 2) Recht zur Einsprache gegen unbefugten Gebrauch eines Namens zur Geschäftsbezeichnung.*

In dem Hause „zum r. K." in Z. hatten J. J. B. und nach dessen Tode seine Töchter, Frau V.-B., hernach Frau W.-B. (als Miether), eine Wirthschaft unter dem Namen „Café Boller" betrieben. Da das Lokal im Publikum unter dem Namen „Bollerei" bekannt war, wurde während der Miethdauer diese Bezeichnung am Hause angebracht. Später wurde das Haus vom Eigenthümer an M. St. veräussert, welcher dort selbst eine Wirthschaft betreiben wollte. Frau W.-B. verlangte nun, dass St. verpflichtet werde, sich der Führung des Namens „Bollerei" zu enthalten. Das Begehren wurde gutgeheissen. Der Begründung des bundesgerichtlichen Urtheils entnehmen wir folgendes:

1. Der Name „Bollerei" qualifizirt sich als Geschäftsbezeichnung, als Bezeichnung der bisher von der Familie Boller betriebenen Wirthschaft. Wie nun das Bundesgericht bereits in der Entscheidung in Sachen Christen-Kesselbach c. Danioth[1]) grundsätzlich anerkannt hat, sind nach dem O. R. nicht nur die Firmen, sondern ist auch die Geschäftsbezeichnung (speziell das Gasthofschild) rechtlich geschützt, so dass der Geschäftsinhaber berechtigt ist, Dritten zu verbieten, für ein gleiches Geschäft am gleichen Orte die gleiche oder eine täuschend ähnliche Geschäftsbezeichnung zu führen. Hieran ist durchaus festzuhalten. Wenn auch die gewerbliche Konkurrenz, selbst wenn sie in scharfer und rücksichtsloser Weise geübt wird, an sich durchaus erlaubt ist, so wird sie doch zu einer widerrechtlichen dann, wenn der Mitbewerber den Ruf, welchen ein anderer Gewerbetreibender sich erworben hat, für sich auszubeuten sucht, indem er durch Gebrauch der gleichen oder einer täuschend ähnlichen Geschäftsbezeichnung den Schein erweckt, als sei sein Geschäft mit demjenigen des andern identisch oder die Fortsetzung desselben und drgl. Hier liegt ein Eingriff in die Rechtssphäre des Geschädigten

---

des Entwurfs eines bürgerl. Gesetzbuches für das deutsche Reich S. 37 f. und in Archiv f. bürgerl. Recht II. 105, 111 ff.; Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I S. 339 bei Note 12, — und anderseits Windscheid, Pandecten Bd. II S. 559 f. (5. Aufl.) und Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Civilsachen XIV. 242.

[1]) Siehe oben No. 4.

vor; dieser hat durch erlaubten Gebrauch ein Recht auf die von ihm verwendete Geschäftsbezeichnung erworben, welches nicht dadurch verletzt werden darf, dass deren unterscheidende, individualisirende Kraft durch konfundirende Verwendung seitens Dritter geschwächt wird. Allerdings kann unter Umständen das Recht auf die Geschäftsbezeichnung, welche für ein in gemietheten oder gepachteten Lokalitäten betriebenes Geschäft gebraucht wird, nicht dem Miether oder Pächter, sondern dem Hauseigenthümer zustehen. Allein die Regel bildet dies keineswegs; in der Regel steht vielmehr das Recht auf die Geschäftsbezeichnung demjenigen zu, welcher das Geschäft betreibt, dem Pächter oder Miether (s. hierüber die Entscheidungen, welche in Pataille, Annales, Table générale des vol. 1 à 32 s. v. Enseigne, insbes. No. 25 und ff. angeführt sind). Nur unter besondern Verhältnissen gilt das Gegentheil. Derartige besondere Umstände sind nun hier nicht dargethan. Das ausschliessliche Recht auf eine Geschäftsbezeichnung als solche geht allerdings unter, wenn der Berechtigte seinen Geschäftsbetrieb definitiv aufgegeben, d. h. wenn er die Absicht, ein ähnliches Geschäft wieder zu eröffnen, aufgegeben hat. Dagegen bleibt dieses Recht bestehen, wenn nicht eine solche definitive Aufgabe des Geschäftsbetriebes vorliegt, sondern dieser nur zeitweise unterbrochen worden ist, dagegen die Absicht besteht, ihn später wieder aufzunehmen. 2. Art. 876 O. R. gewährt demjenigen, der durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, das Recht, den Unberechtigten auf Unterlassung der weitern Führung der Firma und auf Schadenersatz zu belangen. Dieses Recht ist nicht nur einem Firmenberechtigten, dessen Firma ein dritter sich anmasst, gegeben, sondern es steht auch bei Anmassung eines bürgerlichen, gar nicht als Firma verwendeten Namens zu. Art. 876 cit. schützt jeden Bürger, mag er nun seinerseits eine Firma führen oder nicht, gegen Beeinträchtigungen, welche ihm daraus entstehen, dass sein Name unbefugterweise als Firma verwendet wird. Dieser Grundsatz darf unbedenklich auch auf die unbefugte Verwendung eines Namens zur Geschäftsbezeichnung in einem Laden- oder Wirthshausschild und drgl. angewendet werden. In der That ist die Verletzung, welche dem Namenberechtigten aus unbefugtem Anbringen seines Namens auf einem Laden- oder Wirthshausschild u. drgl. erwachsen kann, keine andere oder geringere, als bei unbefugter Aufnahme des Namens in eine Firma; im einen wie im andern Falle sind die gleichen Interessen gefährdet, da im einen wie im

andern Falle im Publikum der Glaube erweckt wird, als sei der Namenberechtigte der Geschäftsinhaber, was diesem, wie nicht näher ausgeführt zu werden braucht, in verschiedener Beziehung zum Nachtheil gereichen kann. Wenn das Gesetz daher den Namenberechtigten gegen missbräuchliche Verwendung seines Namens als Firma schützt, so muss nach Sinn und Geist desselben der gleiche Schutz auch gegen die unbefugte Aufnahme des Namens in eine Geschäftsbezeichnung gelten. Von diesem Standpunkte aus erscheint die Klage auch dann als unbegründet, wenn die Kläger die Absicht, eine Wirthschaft unter dem Namen „Bollerei" zu betreiben, definitiv aufgegeben hätten und daher von Verletzung eines ihnen zustehenden ausschliesslichen Rechtes an der Geschäftsbezeichnung nicht mehr die Rede sein könnte. Denn wenn auch die ursprüngliche Klägerin nach ihrer Verheirathung nicht mehr den Namen Boller, sondern den Namen ihres Ehemannes W. führte, so war sie doch als Erbin des alt Kriminalrichter Boller befugt, sich der missbräuchlichen Verwendung des Familiennamens desselben zu widersetzen, welche auf eine Führung des Geschäftes durch ihn oder dessen Familie, der sie fortwährend angehörte, hindeutete, und das gleiche muss auch für ihre Erbinnen gelten. (Entsch. v. 12. Dezbr. 1891 i. S. Weiss c. Stahl.)

---

31. *Art. 210 O. R. Verpfändung des beweglichen Inventars einer Kuranstalt an den Direktor derselben; genügt die Anzeichnung der Gegenstände mit dem Namen des letztern zur Besitzübergabe?*

In einem Schuldschein über ein von R. bei L. erhobenes Darleihen erklärte R.: „Diese Darlehenssumme wird hiemit sichergestellt durch Bestellung eines Faustpfandrechts auf alles Neu-Inventar der Kuranstalt Sch., welches L. hiemit als Faustpfand übernimmt (Art. 200 u. ff. O. R.)." Durch eine weitere, vom gleichen Tage datirte Erklärung verpflichtete sich R., dem L. den Direktorposten der Kuranstalt Sch. zu übertragen. Eine Uebergabe der als Faustpfand verschriebenen Gegenstände hat bei Abschluss des Vertrages zugestandenermassen nicht stattgefunden. Dagegen trat L. bald nachher den erwähnten Direktorposten an und bezeichnete später einmal die fraglichen Inventarstücke mit einem Zeddelchen, das seinen Namen trug. In dem über R. ausgebrochenen Konkurse machte er an denselben Faustpfandrecht geltend, wurde aber abgewiesen, vom Bundesgericht aus folgenden Gründen:

Nach Art. 210 O. R. ist zur Begründung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen die Uebergabe an den Pfandgläubiger erforderlich und gilt die Uebergabe nicht als vollzogen, so lange die Sache im Gewahrsam des Verpfänders verbleibt. In casu hat nun bei Abschluss des Faustpfandvertrages eine Uebergabe nicht stattgefunden. Eine solche könnte nur darin erblickt werden, dass der Kläger später, nach Antritt der Stelle eines Direktors der Kuranstalt Sch., die thatsächliche Herrschaft über die vertraglich als Pfand bezeichneten Gegenstände erlangt und durch deren Anzeichnung auf seinen Namen dieselben übernommen habe; es könnte hierin, bei fortdauerndem Traditionswillen des Verpfänders, die Vollendung der Besitzübergabe gefunden werden. Allein in That und Wahrheit wollte der Verpfänder R. sich des Gewahrsams der zum Betriebe seiner Kuranstalt dienenden Inventargegenstände nicht entäussern und hat dies nicht gethan. Dieselben wurden nicht etwa in einem dem Kläger zu diesem Zwecke überlassenen, seiner ausschliesslichen Herrschaft unterstehenden, Raum untergebracht und durften dies nicht; sie sollten vielmehr fortwährend zum Betriebe der im Namen des Eigenthümers geführten Kuranstalt dienen und wurden auch thatsächlich in dieser Weise durch bestimmungsgemässe Aufstellung in den Zimmern der Gäste u. drgl. verwendet. Wie die übrigen zum Betriebe der Kuranstalt dienenden Möbel u. s. w., verblieben sie daher im Gewahrsam des Eigenthümers, für welchen die Anstalt betrieben wurde und welcher daher die Stücke des Betriebsinventars fortwährend, wenn auch nicht persönlich, sondern durch seine Angestellten inne hatte und zu seinen Geschäftszwecken benutzte. Wenn dem Kläger die Verwahrung der fraglichen Gegenstände oblag, womit für ihn die thatsächliche Möglichkeit körperlicher Einwirkung auf dieselben geschaffen war, so war dies die Folge seiner vertraglichen Stellung als Angestellter des Eigenthümers; dadurch wurde also der durch den Direktor wie durch die übrigen Angestellten lediglich ausgeübte eigene Gewahrsam des Eigenthümers keineswegs ausgeschlossen und nicht bewirkt, dass eine Einwirkung des Eigenthümers vom Kläger als eigenmächtiger Eingriff in seinen Gewahrsam hätte zurückgewiesen werden können. Die Thatsache der Anzeichnung der Gegenstände durch den Kläger ändert hieran nichts; denn dadurch wurde nichts daran geändert, dass die bezeichneten Gegenstände fortwährend Inventarstücke des Gewerbes des Eigenthümers blieben, über welche die Verfügungsgewalt grundsätzlich dem Inhaber des

Gewerbes und dritten Personen nur als dessen Angestellten zustand. Es liegt in dieser Anzeichnung lediglich der Versuch, die gesetzliche Vorschrift, dass zur Begründung eines Faustpfandes die Entäusserung des Gewahrsams durch den Verpfänder gehört, zu umgehen. (Entsch. v. 14. Nvbr. 1891 i. S. Lobenstein c. Masse Ravier.)

---

32. *Art. 491 u. 17 O. R. Vereinbarung einer Entschädigung für das durch Bürgschaft getragene Risiko; Form und Erlaubtheit.*

Eine Vereinbarung, wonach sich der Bürge von dem Hauptschuldner für das getragene Risiko einen gewissen Procentsatz der verbürgten Summe als Entschädigung versprechen lässt, ist weder unerlaubt, noch bedarf sie zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form. (Entsch. v. 6. Nvbr. 1891 i. S. Favre c. Jacot.)[1])

---

33. *Konkurrenzverbot zu Gunsten einer Kollektivgesellschaft; Uebergang des Rechts auf die Kollektivgesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft. Zeitliche und örtliche Beschränkung als Voraussetzung der Gültigkeit des Verbots.*

Bei der Anstellung des K. J. Sch. als Geschäftsreisender der Firma J. Tsch. & Cie. wurde folgendes Konkurrenzverbot vereinbart. „C. J. Sch. verpflichtet sich, während 10 Jahren von seinem Austritte an für kein anderes Geschäft gleicher Branche thätig zu sein, weder für eigene Rechnung, Details ausgenommen, in genannten Artikeln Geschäfte zu machen.“ Nach $1^1/_2$ Jahren kündigte Sch. sein Anstellungsverhältniss und gründete sofort ein eigenes Geschäft für Handel und Fabrikation chemischer Produkte, welches sich als Konkurrenzgeschäft der Firma J. Tsch. & Cie. qualifizirt. Bald nachher löste sich die bisherige Kollektivgesellschaft J. Tsch. & Cie. durch den Austritt des F. Sch. auf. Es bildete sich indess sofort eine neue Kollektivgesellschaft unter gleichlautender Firma, welche die Fabrik fortbetrieb, indem J. Tsch. seinen Sohn als Kollektivgesellschafter aufnahm. J. Tsch. als Inhaber der Firma J. Tsch. & Cie. klagte nun eine Entschädigungsforderung gegen Sch. ein. Die Klage wurde grundsätzlich gutgeheissen, vom B u n d e s g e r i c h t im Wesentlichen unter folgender B e g r ü n d u n g:

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des ehemal. deutschen Reichsoberhandelsgerichts, Bd. XI S. 24 ff.

Kläger ist zur Sache legitimirt. Zwar ist es unrichtig, dass trotz der Auflösung der aus J. Tsch. und F. Sch. bestehenden Kollektivgesellschaft J. Tsch. & Cie. dennoch die Firma J. Tsch. & Cie. für die neue Gesellschaft bestehen geblieben sei. Die Firma ist lediglich der Name, unter welchem ein Gewerbetreibender oder eine Gesellschaft sich in ihrem Geschäftsbetriebe bezeichnet; sie ist daher als solche nicht Trägerin materieller Rechte oder Pflichten. Aus dem blossen Umstande, dass die Firma der neuen Gesellschaft derjenigen der alten gleichlautet, kann daher der Kläger irgend welche Rechte für sich nicht ableiten. Dagegen fällt allerdings in Betracht: Konkurrenzverbote, wie das in Frage liegende, werden ausbedungen im Interesse eines vom Versprechensempfänger betriebenen gewerblichen Etablissements. Wird dieses überhaupt aufgegeben, so fällt das Konkurrenzverbot ohne weiteres dahin, da eben das Interesse nicht mehr besteht, zu dessen Schutze dasselbe bedungen wurde. Wird dagegen das Etablissement nicht aufgegeben, sondern auf einen neuen Erwerber übertragen, so ist mit Rücksicht auf die Zweckbeziehung, in welcher das Konkurrenzverbot zum Geschäftsbetriebe steht, zu präsumiren, dass auch das Recht aus dem Konkurrenzverbote mitübertragen worden sei. Im vorliegenden Falle nun ist das Konkurrenzverbot von der Kollektivgesellschaft J. Tsch. & Cie. als damaliger Inhaberin des Geschäftes vereinbart worden. Mit der Auflösung der Kollektivgesellschaft ging das Recht aus dem Konkurrenzverbote auf denjenigen der Gesellschafter über, welcher das Geschäft übernommen hat. Dass das Konkurrenzverbot mit der Auflösung der Kollektivgesellschaft schlechthin dahingefallen sei, kann um so weniger angenommen werden, als bei der Kollektivgesellschaft, wenn auch formell deren Vermögen ein vom Privatvermögen der Gesellschafter rechtlich getrenntes Sondergut bildet, doch materiell die einzelnen Gesellschafter die Subjekte des Gesellschaftsvermögens sind. Mit Auflösung der Kollektivgesellschaft ist daher das Recht aus dem Konkurrenzverbote keineswegs untergegangen; es ist vielmehr als ein mit dem Geschäfte verbundenes Recht vertragsgemäss auf denjenigen Gesellschafter übergegangen, welcher das Geschäft übernommen hat. In casu war ja denn auch von vornherein vereinbart, dass bei einer allfälligen Auflösung der Kollektivgesellschaft das (schon früher von ihm als Einzelkaufmann betriebene) Geschäft dem Kläger zu verbleiben habe, während der Mitgesellschafter Sch. seinerseits sich verpflichtet hatte, während zehn Jahren ein Konkurrenzgeschäft

nicht zu betreiben. Es kann daher kein Zweifel darüber obwalten, dass das Recht aus dem Konkurrenzverbote, welches im Interesse des Geschäftes ausbedungen war, nach Auflösung der Kollektivgesellschaft und für die Zeit nach deren Auflösung dem Kläger zusteht.

Auch die Frage, ob das Konkurrenzverbot gültig sei oder gegen Art. 17 O. R. verstosse, ist unbedenklich in ersterm Sinne zu beantworten. Stipulationen der in Rede stehenden Art dienen unzweifelhaft einem berechtigten Interesse des Geschäftsherrn, welcher sich dagegen schützen will, dass ehemalige Angestellte, welche in seinem Geschäfte mit seiner Fabrikationsart und mit seiner Kundschaft bekannt geworden sind, die so erworbene Kenntniss zu seinem Nachtheile ausbeuten. Unsittlich sind sie nur dann, wenn sie die Freiheit des Verpflichteten in so weitgehender Weise beschränken, dass danach dessen wirthschaftliche Persönlichheit als aufgehoben, ihrer naturgemässen Bethätigung entzogen erscheint. Eine derartige, die gesammte wirthschaftliche Existenz des Verpflichteten dem Willen eines dritten unterwerfende, vertragliche Fesselung der Erwerbsthätigkeit ist allerdings unsittlich. Allein eine solche liegt hier nicht vor. Sie wäre dann gegeben, wenn dem Verpflichteten die Ausübung jeder oder doch einer bestimmten wirthschaftlichen Thätigkeit, insbesondere jedenfalls des von ihm erlernten und ihm gewohnten Berufes, verboten oder doch innert so weiter zeitlicher und örtlicher Grenzen untersagt wäre, dass dies, nach den konkreten Verhältnissen, praktisch einem gänzlichen Verbote nahe käme. Dies ist aber nicht der Fall. Das Konkurrenzverbot ist sachlich auf die Fabrikation gewisser chemischer Produkte und den Handel mit denselben begrenzt; es ist zeitlich auf die Dauer von 10 Jahren beschränkt und, nach der vom Obergerichte gebilligten Feststellung der ersten Instanz, mangelt es auch an der örtlichen Begrenzung nicht. Eine solche ist allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochen; allein nach der Feststellung der Vorinstanzen bezieht sich das Verbot nur auf das Absatzgebiet der klägerischen Fabrik, d. h. auf das Gebiet der Centralschweiz. In einem derart beschränkten Konkurrenzverbot kann aber eine unzulässige Beschränkung der wirthschaftlichen Freiheit gewiss nicht erblickt werden; es sind vielmehr derart beschränkte Konkurrenzverbote, wie in der Doktrin und Rechtsprechung wohl allgemein anerkannt ist (vergl. u. a. Kohler, Gesammelte Abhandlungen S. 62 u. ff.; Archiv für bürgerl. Recht Bd. 5 S. 208 u. ff. und die dort zitirten zahlreichen Entscheidungen;

vergl. auch Entsch. des Bundesgerichts i. S. Swift c. Degrange, A. Slg. Bd. 17 S. 305 u. ff. Erw. 2)[1]), durchaus gültig. (Entsch. v. 19. Dezbr. 1891 i. S. Tschupp c. Schwerzmann.)

---

34. *Art. 2 Eisenbahnhaftpflichtgesetzes. Leistenbruch als Betriebsunfall; gehört das Drehen einer Locomotive auf der Drehscheibe zum Eisenbahnbetrieb? Ist der Verletzte verpflichtet, sich einer Operation zu unterziehen?*

L. fuhr als Heizer von B. nach A., um von da sofort wieder nach B. zurückzukehren. In A. musste die Locomotive auf der Drehscheibe gewendet werden, wobei der Kläger mitzuwirken hatte. Zuerst versuchten zwei Mann, worunter der Kläger, die Maschine zu drehen; da sie damit nicht zu Stande kamen, so mussten zwei weitere Arbeiter zugezogen werden. Auf der Rückfahrt nach B. und Nachmittags auf einer zweiten Fahrt von B. nach A. beschwerte sich L. über heftige Schmerzen in der Leistengegend und musste auf der Fahrt als dienstunfähig ersetzt werden. Zwei Tage nachher constatirte der Bahnarzt einen beginnenden rechtseitigen Leistenbruch. L. belangte die Beklagte gestützt auf das Eisenbahnhaftpflichtgesetz auf Entschädigung. Die Beklagte wendete ein: L. habe nicht beim Drehen der Lokomotive den Leistenbruch erlitten, sondern es habe sich dieser allmälig ausgebildet. Das Drehen einer Locomotive gehöre nicht zum Betriebe, sondern es könne diese Arbeit nur als Hülfsarbeit im Sinne des Art. 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes qualifizirt werden. Das kantonale Gericht hiess die Klage gut, davon ausgehend, dass der Leistenbruch durch die übermässige körperliche Anstrengung herbeigeführt worden sei, welcher L. beim Drehen der Locomotive auf der Station A. sich unterzogen habe. Das Bundesgericht bestätigte das Urtheil. Gründe: 1) Die Entscheidung beruht nicht etwa auf rechtsirrthümlicher, sondern auf richtiger Auffassung des Begriffes des Kausalzusammenhanges. Zwar spricht sich das derselben zu Grunde liegende sanitätsräthliche Gutachten dahin aus, die plötzliche Entstehung eines Bruches auf traumatischem Wege, d. h. ohne vorgängige Bruchanlage, sei undenkbar, und ist somit anzunehmen, dass bei dem Kläger schon vorher die Bruchanlage gegeben war. Allein dies schliesst nicht aus, dass nichts destoweniger die Ueberanstrengung des Klägers beim Drehen der Lokomotive als Ursache des Leistenbruchs betrachtet werden muss, sofern eben durch sie verursacht ist,

[1]) S. Revue IX Nr. 95.

dass aus der Anlage zu einem Leistenbruche ein Leistenbruch geworden, d. h. der Bruch ausgetreten (ein Theil der Eingeweide durch den Leistenkanal aus der Unterleibshöhle hervorgetreten) ist (vergl. Entsch. des deutschen R. G. in Civilsachen Bd. 6 S. 1. und ff.; Schmitz, Sammlung der Bescheide u. s. w, des Reichsversicherungsamtes I S. 75 und ff.). Ein solches plötzliches Austreten eines Leistenbruches infolge ungewöhnlicher Anstrengung ist anerkanntermassen möglich und im vorliegenden Falle von der Vorinstanz thatsächlich festgestellt. Demnach liegt denn hier ein Unfall und nicht eine blosse Krankheit vor. Der Leistenbruch hat sich nicht infolge einer durch die normale Berufsthätigkeit des Klägers gegebenen Kette von grössern und kleinern, im einzelnen nicht mehr bestimmbaren Anstrengungen allmälig entwickelt, sondern sein Austreten ist auf ein einzelnes, zeitlich bestimmbares Ereigniss zurückzuführen und erscheint eben deshalb als Unfall (vergl. Schmitz, a. a. O. und Entsch. des R. G. Bd. 21 S. 78). 2) Der Unfall hat sich auch beim Betriebe der Eisenbahn der Beklagten ereignet. Zum Eisenbahnbetrieb im Sinne des Art. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes gehört allerdings nur der Betrieb der Eisenbahnanlage im technischen Sinne des Wortes, d. h. der Schienenanlage; allein dieser umfasst nicht nur die Beförderung von Personen oder Sachen auf dem Schienengeleise, sondern auch deren Vorbereitung und Abschluss (vrgl. Entsch. des B. G. A. Slg. Bd. 9 S. 526)[1]. Nun wurde in concreto die unter Dampf stehende Lokomotive auf der Drehscheibe gewendet, um mit derselben sofort die Rückfahrt anzutreten. Das Wenden der Lokomotive qualifizirt sich also als ein Rangirmanöver, welches als nothwendiger Bestandtheil die Rückreise einleitete. Rangirmanöver gehören aber, wie in der Praxis stets anerkannt wurde (vrgl. Eger, Reichshaftpflichtgesetz, 3te Aufl. S. 29), zum Betriebe, wie sie denn auch den eigenthümlichen Anforderungen des Eisenbahnbetriebes, rücksichtlich besonders prompter Ausführung und drgl., unterliegen und daher an der besondern Gefährlichkeit desselben Theil nehmen. 3) Allerdings wäre der Bruch nach den vorliegenden ärztlichen Gutachten durch eine Radikaloperation heilbar; allein der Kläger weigert sich nun, einer solchen sich zu unterwerfen und es kann ihm dies nicht zugemuthet werden. Freilich darf der Verletzte seine Heilung nicht absichtlich oder leichtfertig vereiteln und kann, sofern er dies thut, der Haftpflichtige für die Folgen nicht

---

[1]) Revue II Nr. 12.

verantwortlich gemacht werden, da es sich eben alsdann nicht mehr um Folgen des Unfalles, sondern eigenen Verschuldens des Verletzten handelt. Allein nach dem sanitätsräthlichen Gutachten ist nun die Operation, welcher der Kläger zum Zwecke radikaler Heilung seines Leistenbruches sich zu unterziehen hätte, keine ganz unbedenkliche; es kann daher dem Verletzten nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er sich derselben nicht unterwerfen will, sondern es muss seinem eigenen Ermessen anheimgestellt bleiben, ob er sich der Operation unterziehen will oder nicht. (Entsch. vom 16. Januar 1892 i. S. Leemann c. Gotthardbahn).

---

35. *Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Gewerbliche Krankheiten. Beweislast bezüglich des Causalzusammenhangs.*

A. war bei der Beklagten als Aufseher angestellt. Er hatte die sog. elektrische Kontrolmaschine zu besorgen, bei welcher in zahlreichen kleinen Näpfen Quecksilber zur Verwendung kommt. Er erkrankte in Folge einer Quecksilbervergiftung. Festgestellt ist, dass A. mehrfach aus dem nämlichen Glase, dessen er sich zum Reinigen des Quecksilbers bediente, den von zu Hause in die Fabrik mitgebrachten Wein getrunken und dieser Umstand, nicht (wie A. behauptet hatte) das Einathmen von Quecksilberdünsten, die Vergiftung verursacht hat. Die Beklagte hat daher der auf Art. 3 des Fabrikhaftpflichtgesetzes begründeten Klage die Einwendung entgegengestellt, die Erkrankung des A. sei nicht erwiesenermassen und ausschliesslich durch den Betrieb ihrer Fabrik herbeigeführt worden, sondern durch Ursachen, die mit dem Fabrikbetriebe nicht zusammenhängen; A. habe dieselbe selbst verschuldet. A. hat dem gegenüber geltend gemacht, es sei ihm ein besonderes Gefäss zum Reinigen des Quecksilbers von der Beklagten nicht zur Verfügung gestellt worden; er habe daher dafür das von zu Hause mitgebrachte Trinkglas verwendet, welches er übrigens stets sorgfältig gereinigt habe. Die Gefährlichkeit des Quecksilbers sei ihm nicht bekannt gewesen und er sei auf dieselbe vom Direktor der beklagtischen Fabrik nicht aufmerksam gemacht worden. Letzteres anerkannte Beklagte und gab auch die Möglichkeit zu, dass A. die Gefährlichkeit des Quecksilbers nicht gekannt habe[1]). Das Bundesgericht wies die Klage ab. Gründe:

---

[1]) Beklagte meinte, es wäre zu weit gegangen, zu verlangen, ihr Director hätte den Kläger auf die Gefährlichkeit des Quecksilbers aufmerksam

Wird untersucht, ob der Kausalzusammenhang zwischen dem Betriebe der beklagten Fabrik und der Vergiftung bestehe, so ist dies zu verneinen. Es kann nicht zweifelhaft sein, dass der Genuss von Erfrischungen durch die Arbeiter in den Pausen des Fabrikbetriebes an sich nicht zum Fabrikbetriebe gehört und daher der Fabrikherr für Gesundheitsschädigungen nicht haftet, welche die Arbeiter dadurch sich zuziehen. Der Kausalzusammenhang einer derart entstandenen Gesundheitsschädigung mit dem Fabrikbetriebe ist nur dann gegeben, wenn der Genuss lediglich durch einen vom Fabrikherrn zu vertretenden Betriebsvorgang gesundheitsschädlich wurde. Dies ist nun hier nicht der Fall. Allerdings ist die Vergiftung die Folge davon, dass der Kläger das Glas, aus welchem er seinen Wein trank, im Betriebe der Fabrik, zum Reinigen von Quecksilber, verwendet hatte. Allein es ist nun nicht dargethan, dass diese Verwendung eines Trinkgefässes zu Zwecken des Fabrikbetriebes zum ordnungsmässigen Betriebe der beklagten Fabrik gehört habe und nicht vielmehr als ein Akt individueller Willkür des Arbeiters erscheine. Nach den Verhältnissen des Fabrikbetriebes ist in der Regel nicht anzunehmen, dass die Arbeiter die ihnen zu Ausübung ihrer Verrichtungen nöthigen Geräthschaften, Gefässe etc. mitzubringen haben, sondern es sind dieselben vom Fabrikherrn zu stellen. Es ist nun nicht dargethan, dass dies im vorliegenden Falle *anders* gewesen sei, d. h. dass hier der Arbeiter das zur Reinigung des Quecksilbers nöthige Gefäss *selbst zu stellen gehabt habe und es nicht vielmehr von der Fabrikleitung zu verlangen hatte.* Dieser Beweis aber lag, weil auf den zum Klagefundament gehörigen Kausalzusammenhang zwischen Betrieb und Erkrankung bezüglich, dem Kläger ob.[1]) (Entsch. vom 30. October 1891 i. S. Ammann c. Industriegesellschaft für Schappe.)

---

machen sollen. Wenn Kläger diese Gefährlichkeit vielleicht nicht gekannt habe, so könne dieser Umstand der Beklagten nicht zur Last fallen.

[1]) Dieses Urtheil wurde mit 5 gegen 4 Stimmen gefasst. Die Minderheit war der Ansicht, da feststehe, dass Kläger zum Reinigen des Quecksilbers eines Glases bedurft habe und nicht bewiesen sei, dass Beklagte ihm ein solches Glas zur Verfügung gestellt habe, so müsse der Beweis des Kausalzusammenhangs im Sinne des Gesetzes als erbracht angesehen und könne die Klage nur abgewiesen werden, wenn Kläger darin, dass er nicht ein *besonderes* Glas von der Beklagten *verlangt*,

36. *Art. 1 f. und 5 lit. c. Fabrikhaftpflichtgesetzes.* ***Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden; Erschwerung der Unfallsfolgen durch krankhafte Prädisposition des Verletzten. Berücksichtigung der letztern bei Ausmessung der Entschädigung.***

Die Vorinstanz führt aus, es sei allerdings wahrscheinlich, dass ohne die Prädisposition des Klägers zu lokaler Knochentuberkulose der Unfall vom 6. März 1889 nicht mit den schweren Folgen verbunden gewesen wäre, welche thatsächlich eingetreten seien. Allein die nächstliegende Ursache der nothwendig gewordenen Amputation liege doch nicht in der allgemeinen Veranlagung des Klägers, sondern in der erlittenen Quetschung des linken Ellbogens beim Unfalle vom 6. März 1889. Diese Quetschung sei die direkte unmittelbare Ursache der Amputation. Diese Entscheidung beruht auf keinem Rechtsirrthum, sondern im Gegentheil auf richtiger Anwendung der Grundsätze vom Kausalzusammenhange. Der Kausalzusammenhang zwischen Unfall und Schaden wird dadurch nicht abgebrochen, dass zum Eintritte des Schadens ausser dem Unfalle noch andere, von der Beklagten nicht zu vertretende Ursachen (die krankhafte Prädisposition des Klägers) mitwirkten; es genügt, dass der Unfall thatsächlich, wenn auch nicht allein, sondern in Verbindung mit andern Umständen, den schädigenden Erfolg herbeigeführt hat (s. A. Slg. Bd. 6 S. 273 Erw. 7). Art. 5 litt. c. cit. schreibt eine Reduktion der Entschädigung nur dann vor, wenn entweder früher erlittene Verletzungen des Geschädigten auf die letzte Verletzung oder deren Folgen einwirkten oder wenn die Haftung des Fabrikunternehmers für Berufskrankheiten der Arbeiter in Frage steht und nun die Gesundheit des Erkrankten bereits durch dessen frühere Gewerbsausübung geschwächt war. Keines von beiden trifft hier zu, es bewendet also hier bei der allgemeinen Regel, dass die Ersatzpflicht für den wirklich eingetretenen Schaden dadurch nicht gemindert wird, dass zu dessen Entstehung neben dem von dem Haftpflichtigen zu vertretenden Betriebs-

---

schuldhaft gehandelt habe. Diess sei aber nicht der Fall, da nicht bewiesen sei, dass Kläger die Gefährlichkeit des Quecksilbers gekannt habe, vielmehr Beklagte die Möglichkeit des Gegentheils selbst zugebe und anerkenne den Kläger auf diese Gefährlichkeit nicht aufmerksam gemacht zu haben. In diesem letztern Verhalten liege eine Verletzung der der Beklagten resp. ihrem Director gegenüber dem Kläger obliegenden Pflichten, wozu noch komme, dass bei pflichtgemässer Aufsicht dem Director nicht habe entgehen können, dass Kläger sein eigenes Glas zum Reinigen des Quecksilbers benutze.

vorgange noch andere Faktoren, speziell die physische Beschaffenheit des Klägers mitwirkten. Dagegen ist allerdings infolge der konstatirten Kränklichkeit des Klägers der ihm durch den Unfall entstandene wirkliche Schaden nicht so hoch zu taxiren, als wenn der Kläger gesund gewesen wäre. Denn zufolge der tuberkulösen Disposition des Klägers war für denselben auch ohne den Unfall eine geringere Dauer der vollen Arbeitsfähigkeit wahrscheinlich. (Entsch. v. 14. Novbr. 1891 i. S. Lustenberger c. Perlen.)

---

37. *Art. 12 Fabrikhaftpflichtgesetzes, Art. 8 i. f. und 9 Abs. 2 B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht. 1. Gilt für die Anfechtungsklage des Art. 9 Abs. 2 auch die Verjährungsfrist des Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes in Verbindung mit Art. 8 i. f. des Ausdehnungsgesetzes? 2. Gilt Art. 8 i. f. auch für die dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterliegenden Betriebsunternehmer?*

1. Für Klagen aus Fabrikhaftpflicht gilt allgemein die einjährige Verjährung des Art. 12 des Fabrikhaftpflichtgesetzes; eine Ausnahme hievon für den Fall, dass dem Geschädigten vertraglich eine als offenbar unzulänglich beanstandete Entschädigung gewährt wurde, ist nicht gemacht. Allerdings erklärt Art. 9 Abs. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes derartige Verträge für anfechtbar. Allein hiedurch wird nicht ein selbständiger Anspruch statuirt, welcher einer eigenen Verjährung unterläge, sondern wird nur ausgesprochen, dass durch einen derartigen Vertrag der Haftpflichtanspruch nicht aufgehoben werde, dass vielmehr ein solcher Vertrag als ein anfechtbarer der Geltendmachung des Haftpflichtanspruches, sofern dieser eben überhaupt noch besteht, nicht entgegenstehe, sondern die auf denselben gegründete Einrede durch die Anfechtung des Vertrages beseitigt werden könne. Die Annahme der gegentheiligen Ansicht würde thatsächlich für die Fälle, in denen eine vertragliche Abfindung stattgefunden hat, zu einer völlig unannehmbaren Verlängerung der Dauer der Haftpflicht des Betriebsunternehmers führen. Diese kann um so weniger in der Absicht des Gesetzgebers liegen, als dem Geschädigten gemäss Art. 8 i. f. des erweiterten Haftpflichtgesetzes stets noch mindestens drei Monate von Erstattung der Anzeige über den Ausgang des Unfalles an die Behörde an zur Geltendmachung seines Rechtes zur Verfügung bleiben müssen, also in aller Regel dafür gesorgt ist, dass er eine offenbar unbillige Abfindung binnen der gesetzlichen Verjährungsfrist anfechten kann. Für diese

Auffassung spricht die Entstehungsgeschichte und der Zusammenhang des Gesetzes. Die im bundesräthlichen Entwurfe sich nicht findende Bestimmung des Art. 9 Abs. 2 wurde im Laufe der Berathungen in den eidgenössischen Räthen (auf Antrag der ständeräthlichen Kommission) beigefügt, und zwar wurde sie an die Vorschrift angeschlossen, wonach den Interessenten Mittheilung zu machen ist, wenn amtlich ermittelt wird, dass ein Geschädigter auf aussergerichtlichem Wege die ihm gesetzlich zukommende billige Entschädigung nicht erhalten hat. Die Vorschrift bezweckte demnach einfach, dem Geschädigten, nachdem er auf sein gesetzliches Recht aufmerksam gemacht worden ist, dessen Geltendmachung in gleicher Weise zu ermöglichen, möge er nun vorher eine offenbar unzulängliche oder gar keine Entschädigung erhalten haben. Wie im letztern Falle zweifellos der Haftpflichtanspruch binnen der einjährigen Verjährungsfrist geltend gemacht werden muss, so gilt dies daher auch für den Fall, wo eine vertragsmässige Abfindung stattgefunden hat.

2. Die Bestimmung des Art. 8 in fine gilt nicht nur für die unter das erweiterte Haftpflichtgesetz fallenden Gewerbe und Unternehmungen, sondern auch für die dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterliegenden Betriebsunternehmer. Hiefür sprechen sowohl der Wortlaut des Gesetzes, welches (in Art. 8 Abs. 1) auch das Fabrikhaftpflichtgesetz vom 25. Juni 1881 ausdrücklich anführt, was nicht geschehen wäre, wenn die Bestimmungen des Art. 8 sich auf die Betriebsunternehmer von Fabriken nicht beziehen sollten, als auch innere Gründe. Denn es ist in der That ein Grund nicht einzusehen, warum die Bestimmungen des Art. 8 cit. speziell nur für die erst durch das erweiterte Haftpflichtgesetz der Haftpflicht unterstellten Gewerbe und Unternehmungen, nicht aber auch für Fabriken gelten sollten. (Entsch. v. 18. Dezbr. 1891 i. S. Wolf c. Bucher und Durrer.)

---

38. *Art. 1, 3 und 4 B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht. Beziehen sich die Art. 3 und 4 auch auf die in Art. 1 genannten Unternehmungen und Gewerbe? Unfall bei Zubereitung der Kost für die bei der Unternehmung beschäftigten Arbeiter.*

Der Beklagte Sch. hat die Ausführung einer Verstärkung des Kiesdammes am Rheinufer als Akkordant übernommen. Er hatte seine zahlreichen Arbeiter in Werkabtheilungen eingetheilt; da es bei der grossen Entfernung der Baustelle von den nächstgelegenen Ortschaften unthunlich war, die Arbeiter

über Mittag nach Hause zu entlassen, so hatte der Unternehmer dieselben zum Zwecke ihrer Beköstigung an Ort und Stelle in Gruppen eingetheilt, für welche je ein Arbeiter als Koch bestellt wurde. Für eine dieser Gruppen war der Arbeiter L. G. als Koch bezeichnet worden. Am 21. März 1890 war G. bis nach 11 Uhr Vormittags bei den Dammarbeiten beschäftigt. Nachdem er an seine Verrichtungen als Koch gemahnt worden war, wollte er zunächst das zum Kochen nöthige Wasser aus dem Rheine holen; er stieg zu diesem Zwecke von der Kochstelle aus in direktester Richtung über den Rheindamm die steile Steinböschung herunter, um von dem Vorgrunde der letztern aus an einer Stelle, wo die Strömung damals eine besonders reissende war, Wasser zu schöpfen. Während er den Kessel zum Wasserschöpfen in den Fluss hielt, verlor er, sei es in Folge Ausglitschens, sei es in Folge Nachgebens eines Steines das Gleichgewicht und fiel in den Fluss; dabei wurde er fortgerissen und ertrank. Seine Hinterlassenen haben den Sch. gestützt auf das erweiterte Haftpflichtgesetz auf Entschädigung für den ihnen durch den Tod ihres Ernährers entstandenen Schaden belangt. Der Beklagte wendet ein, der Unfall, durch welchen der Tod des G. herbeigeführt worden, sei kein Betriebsunfall und falle daher nicht unter das Haftpflichtgesetz, event. sei derselbe von G. verschuldet. Das Bundesgericht nahm Mitverschulden beider Theile an und bemerkte bezüglich der ersten Einwendung: Art. 3 und 4 des erweiterten Haftpflichtgesetzes zwar, auf welche die Kläger sich berufen, finden in concreto keine direkte Anwendung. Diese Gesetzesbestimmungen dehnen, wie ihr Inhalt klar ergibt, die Haftpflicht der Betriebsunternehmer von Fabriken, der dem Fabrikhaftpflichtgesetze unterstehenden Fabrikherrn, aus; sie beziehen sich also nicht auf die hier in Rede stehende Haftpflicht der in Art. 1 des erweiterten Haftpflichtgesetzes genannten Inhaber von Gewerben und Unternehmer von Arbeiten. Für den Umfang der Haftpflicht der letztern ist lediglich Art. 1 des erweiterten Haftpflichtgesetzes massgebend. Immerhin ist richtig, dass bei Interpretation des Art. 1 leg. cit. auch auf die Art. 3 und 4 Rücksicht genommen werden darf und muss und dass daher der Begriff des Betriebes und Betriebsunfalles auch für die dem Art. 1 unterstehenden Gewerbe und Unternehmungen nicht im engern sondern im weitern Sinne aufzufassen ist, wonach zum Betriebe auch konnexe Hülfsarbeiten gehören. Nun ist im allgemeinen gewiss richtig, dass die Zubereitung der Kost für

die in einem Gewerbe oder bei einem Unternehmen beschäftigten Arbeiter auch bei der weitesten Auffassung des Begriffs nicht zum Betriebe des betreffenden Gewerbes oder der betreffenden Unternehmung gerechnet werden kann und dass daher der Unternehmer für Unfälle, welche sich dabei ereignen, nicht haftpflichtig ist. Allein im vorliegenden Falle liegen nun besondere Umstände vor, welche die Verrichtung, bei welcher sich der Unfall ereignete, als im Betriebe der Unternehmung des Beklagten geschehen, als eine Hülfsarbeit desselben erscheinen lassen. Der Unternehmer hatte, in seinem eigenen Interesse — um keine Zeit zu verlieren — den Küchendienst für seine Arbeiter von sich aus organisirt; er hatte angeordnet, dass auf dem Arbeitsplatze selbst gekocht werden müsse; der Küchendienst wurde von Arbeitern während der Arbeitszeit, also im Dienste des Unternehmers, besorgt und es hatte der letztere selbst den Getödteten als Koch für seine Werkgruppe bezeichnet. Die Besorgung des Küchendienstes vollzog sich also unter den gleichen allgemeinen Bedingungen wie die Bauarbeit selbst; der Küchendienst war in die Organisation des Unternehmens einbezogen, zum Zwecke rascherer Förderung des Baues als ein Hülfsdienst gestaltet worden. Hienach muss der Unfall, durch welchen der Ehemann und Vater der Kläger getödtet wurde, als ein Betriebsunfall betrachtet werden. (Entsch. v. 28. Novbr. 1891 i. S. Good c. Schumacher.)

---

39. *Bundesgesetz betr. Markenschutz. Kann auch eine auf den ästhetischen Sinn gerichtete Gestaltung der Waare Gegenstand des Markenschutzes sein?*

Sch & Cie hatten den Eiffelthurm in der Weise als Marke gewählt und deponirt, dass sie eine Nachbildung desselben prägen und auf der Rückseite ihrer Uhrenschalen en relief anbringen liessen. Sie belangten nun gestützt auf das Markenschutzgesetz den B., welcher den Eiffelthurm nicht als Marke, sondern lediglich zur Dekoration der Rückseite seiner Uhrenschalen benutzte, auf Unterlassung und Schadenersatz, wurden aber vom Bundesgericht abgewiesen, weil es sich auch beim Kläger nicht um ein Zeichen, welches die subjective Herkunft der Waaren notiren solle, sondern um eine Dekoration, eine auf den ästhetischen Sinn gerichtete Gestaltung der Waaren handle, welche nicht Marke im Sinne des Markenschutzgesetzes sein könne; Kohler, Markenrecht S. 159 f. (Entsch. v. 22. Jan. 1892 i. S. Schäffer & Cie. c. Brandt.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

40. *Schadenersatz aus unerlaubter Handlung. Angebliche Ehrverletzung durch Beschwerde einer Schulbehörde gegen einen Lehrer bei dem Erziehungsrath. Art. 50, 55 O. R.*

St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 15. Januar 1891.

Der Schulrath von Y., durch (seiner Ansicht nach nicht ungegründete) Gerüchte über ungeziemendes Benehmen eines Lehrers mit grösseren Schulmädchen dazu veranlasst, suchte diesen Lehrer zur Resignation zu bestimmen und gelangte, als dieser Versuch missglückte, an den Erziehungsrath mit dem Begehren um Abberufung des Lehrers. In der betreffenden Eingabe berichtete er über die umlaufenden Gerüchte und fügte bei:

„Es glaubt nun auch der Schulrath Gründe zu dem Verdacht zu haben, dass Lehrer X. mit gewissen Personen des andern Geschlechts etwas allzufreundschaftliche Beziehungen unterhalte und auf diesem Gebiete sich Freiheiten erlaube, die zum mindesten für einen Lehrer höchst ungeziemend, wenn nicht gar unwürdig sind."

Eine vom Erziehungsrathe versuchte Verständigung blieb erfolglos, so dass die Schulgemeinde über Abberufung zu entscheiden hatte und diese auch wirklich beschloss, obschon in der Untersuchung keine wirklichen Ungehörigkeiten von Belang auf Seite des Lehrers festgestellt worden waren, die Abberufung somit als eine durch die Untersuchungsergebnisse nicht genügend begründete Massregel erschien. Der Lehrer erhob nun gegen die Mitglieder des Schulrathes wegen der in der Eingabe an den Erziehungsrath gegen ihn erhobenen Anschuldigungen Klage auf Entschädigung mit Fr. 2000 nach Art. 50, 55 O. R. sowie auf Bestrafung wegen Verläumdung nach Art. 106 Str. G. Der Beweis der Wahrheit fehle überall; derjenige guter Treue sei ausgeschlossen, zumal die Mitglieder des Schulrathes zur Verbreitung der Gerüchte beigetragen hätten. Die Beklagten verlangten Abweisung der Klage, weil sie nur in ihrer amtlichen Pflicht

und Befugniss als Schulbehörde gehandelt hätten. Das Cantonsgericht wies den Kläger ab.

Motive: Der Schulrath hat auf Grund der umlaufenden Gerüchte sich zunächst darauf beschränkt, sich an den Lehrer selbst zu wenden, mit dem Rathe, innert bestimmter Frist die Entlassung von sich aus zu nehmen. Der Lehrer hat nicht blos diesem Rathe keine Folge gegeben, sondern die Zuschrift des Schulrathes nicht einmal beantwortet, auch keinen Versuch gemacht, sich über die Gerüchte irgendwie zu rechtfertigen. Daraufhin hat der Schulrath in strikter Beachtung der gesetzlichen und erziehungsräthlichen Vorschriften über die Ausübung des Abberufungsrechtes „sein Begehren mit den dasselbe veranlassenden Aushebungen“ an den Erziehungsrath eingereicht und hat hiebei dem Lehrer nicht eine strafbare, sondern nur eine taktlose Handlungsweise zur Last gelegt, die für einen Lehrer ungeziemend sei. Eine Absicht des Schulrathes, mit diesem Vorwurfe den Lehrer zu beschimpfen, lässt sich weder aus dem Wortlaute der Eingabe ableiten, noch auch aus den Verumständungen, unter welchen sie zu Stande kam. Der Schulrath hat nur gethan, was ihm gesetzlich oblag und zustand. Die Abberufung selbst erfolgte nicht durch den Schulrath, sondern durch die Schulgemeinde, und nicht auf die einseitige Eingabe des Schulrathes hin, sondern nachdem eine unparteiische Untersuchung durch den Bezirksschulrathspräsidenten gewaltet hatte, und der gesetzlich vorgeschriebene Verständigungsversuch erfolglos geblieben war.

Bei Ausübung des Abberufungsrechtes und in der Würdigung der hiebei vorgebrachten Gründe und Gegengründe, sowie der Ergebnisse der bezirksschulräthlichen Untersuchung ist die Schulgemeinde völlig souverän. — Der Schulrath hat daher mit seiner Eingabe nicht die Abberufung selbst bewirkt, sondern nur das, dass die Abberufungsfrage an die Gemeinde gebracht wurde, was auch ohne Schulrath und selbst gegen dessen Willen von einem Drittheil der Schulgenossen hätte bewirkt werden können. Die dem Lehrer aus der Abberufung erwachsene ökonomische Schädigung kann daher auch nicht als durch den Schulrath verursacht angesehen werden.

Die Rechtsvermuthung für die Unwahrheit einer Aussage bis zum Beweis ihrer Wahrheit durch denjenigen, der sie aussagt (Art. 106 Schlusssatz, Str. G.), kann keine Anwendung finden auf amtliche Berichterstattung einer Behörde über Beobachtungen, welche sie in amtlicher Stelle macht und zu

berichten pflichtig ist. Wie sollten z. B. Mitglieder der Gemeinde- und Bezirksschulräthe, welche durch das Gesetz zu persönlichen Schulbesuchen und zur Berichtgabe über das, was sie dabei wahrnehmen, verpflichtet sind, ihrer Amtspflicht walten können bei der Gefahr, für jede abfällige Berichtgabe über das Benehmen des Lehrers von diesem mit Erfolg auf Genugthuung belangt werden zu können, weil ihre Berichtgabe über das, was sie beim Schulbesuch oder im persönlichen Verkehr mit dem Lehrer, natürlich ohne Zeugen selbst beobachtet haben, als unwahr präsumirt wird, wenn sie nicht im Stande sind, für die Wahrheit ihrer Berichterstattung selbständige und vollgültige Beweise beizubringen?

Aus dem negativen Resultat der Untersuchung kann nicht gefolgert werden, dass die Berichtgabe des Schulrathes wirklich objektiv unwahr gewesen sei; und ebenso wenig, dass der Schulrath seine Anschuldigungen mit Bewusstsein der Unwahrheit derselben vorgebracht habe. Die Rechtsvermuthung für das Bewusstsein der Unwahrheit beim Schulrath trifft nicht zu, da aus den Thatumständen (amtliche Stellung des Schulrathes) vielmehr zu vermuthen ist, dass er die Aussage in guten Treuen für wahr gehalten habe. Es fehlt aber auch das Thatbestandsmoment (des Art. 106, Ziff. 1) der „Verbreitung" oder der „Aussage zu einer Drittperson". Denn der Erziehungsrath ist die Aufsichts- und Oberbehörde des Schulrathes und kann hinsichtlich derjenigen Berichte und Mittheilungen, welche der Schulrath in amtspflichtiger Stellung und keineswegs zum Zwecke der Weiterverbreitung oder Veröffentlichung dem Erziehungsrath erstattet, nicht als eine Drittperson im Sinne von Art. 106 Ziff. 1 angesehen werden.

Da bei dem Schulrath eine Absicht zu beleidigen nicht angenommen werden konnte, gegentheils für sein Vorgehen durchaus redliche Motive und ein rechtlicher Endzweck vorlagen, so konnte die Eingabe vom 27. Mai auch nicht als Beschimpfung (Art. 107 Str. G.) aufgefasst werden.

---

41. *Schadenersatz für unerlaubte Handlung. Haftpflicht des Vaters für das Kind. Art. 61 O. R.*

Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 26. Januar 1892 i. S. Kappeler c. Sprenger.

Am Abend des 16. Juni 1891 unterhielt sich der erst etwas über 12 Jahre alte Fritz Sprenger damit, Patronen für

Flobertstutzer auf einer Haustreppe durch Schläge mit einem Beil zur Explosion zu bringen. Bei diesem Anlasse sprang dem achtjährigen Jean Kappeler ein Stück einer Kupferhülse in das rechte Auge, das dadurch derart verletzt wurde, dass es gänzlich entfernt werden musste. Der Vater Kappeler klagte nun gegen F. Sprenger wegen fahrlässiger Körperverletzung auf Bestrafung und Entschädigung und belangte zugleich dessen Vater auf Schadenersatz wegen Unterlassung der nöthigen häuslichen Aufsicht. Die erste Instanz verurtheilte den F. Sp. zu einem Tag Gefängniss und 500 Fr. Entschädigung an den Verletzten, sprach aber den Vater von jeder Haftpflicht frei, und das Obergericht bestätigte dieses Urtheil. Aus der Motivierung des Obergerichts wird hier mitgetheilt, was die Frage der Haftpflicht des Vaters betrifft.

Die gegen den Vater Sprenger angestrengte Entschädigungsklage stützt sich darauf, dass die Eltern des Angeklagten die häusliche Aufsicht über denselben vernachlässigt hätten. Allein dieser Vorwurf erscheint als unbegründet. Der Vater hatte weder von dem Ankauf der Patronen, noch von den damit durch seinen Knaben vorgenommenen Manipulationen Kenntniss. Es kann daher jedenfalls dem Vater eine Vernachlässigung der ihm obliegenden Aufsicht und eine hieraus resultirende Verantwortlichkeit nicht zur Last gelegt werden. Die Mutter, welche dem Angeklagten das Geld zum Ankauf der Patronen verabfolgte, that dies im Hinblick auf die thatsächlich richtige Angabe, dass der Lehrer die Knaben angewiesen habe, zu den für das Bundesfest projektirten Schiessübungen Munition anzuschaffen. Es durfte die Mutter auch voraussetzen, dass die Patronen zu dem angegebenen Zwecke verwendet werden, und wenn eine besondere Kontrole von Seite der Eltern über die Art der Verwendung der Patronen nicht stattfand, so kann in dieser Unterlassung keine schuldhafte Vernachlässigung der häuslichen Aufsicht gefunden werden; denn eine solche Kontrole wäre über das nach den Umständen gebotene Mass von Sorgfalt der Eltern hinausgegangen, zumal die letzteren der Ansicht sein mochten, dass das ganze Schiesswesen von Seite der Schule nicht nur organisirt, sondern auch beaufsichtigt werde, was jedenfalls am Platze gewesen wäre.

---

42. *Action en dommages-intérêts. Responsabilité de celui qui détient un animal. Sens de „détenteur.“ Art. 65 C. O.*[1])

Genève. Jugement du Tribunal civil du 28 novembre 1891 d. l. c. Gervais c. Philippa.

Philippa a amené son cheval chez J. Louis, maréchal-ferrant, pour le faire ferrer; Gervais, employé de J. Louis, s'étant approché de ce cheval, a été atteint d'un coup de pied au front; il a été transporté à l'hôpital où de nombreuses opérations ont été faites et où il est resté pendant six mois. Il réclame à Philippa 750 fr. de dommages-intérêts. Philippa a excipé de l'irrecevabilité de la demande en raison que c'était J. Louis qui était détenteur du cheval au moment de l'accident et qu'en conséquence l'action était à diriger contre Louis. Le Tribunal civil l'a débouté de cette exception, et a jugé qu'il y a lieu d'entrer en cause et de recourir à des enquêtes sur les faits.

Motifs: Attendu qu'il est bien évident qu'en parlant du détenteur et non du propriétaire, comme le faisait le Code civil, le législateur fédéral n'a pas voulu rendre responsable la personne qui se trouve fortuitement avoir en main l'animal, au moment du dommage, mais celle qui en use par elle-même ou par ses employés, comme s'il était sa propriété, le maître qui le fait servir à son usage, en un mot, le possesseur;

---

[1]) In der Semaine judiciaire von 1892 Nr. 4 (25. Januar 1892) findet sich ein weiterer Fall, den die Cour de Justice civile am 7. December 1891 erledigt hat. Der Viehhändler Borcier in Seyssel hatte an den Commissionär Schärer in Genf einen Wagon mit Ochsen geschickt. Der Zug hatte Verspätung und die Thiere wurden dadurch unruhig. Als die Angestellten des Schärer die Ochsen ausladen wollten und den Wagon öffneten, brach eines der Thiere heraus, ergriff die Flucht und überrannte einen Passanten, der schwer verletzt wurde. Dessen Klage gegen Schärer als den détenteur hielt dieser entgegen, er sei nicht der richtige Beklagte, sondern entweder Borcier als der Eigenthümer oder die Bahn als der Detentor im Momente der Flucht des Thieres. Das Gericht erklärte indess den Schärer als haftbar, weil das Ausladen von Thieren nach schweizerischem Eisenbahntransportreglement Sache des Empfängers sei, dass also Schärer, der Destinatär, détenteur des Ochsen zur Zeit des Auslads war und nicht die Bahn, und dass Borcier dem Beschädigten direct nur dann verantwortlich sein könnte, wenn Schärer blos sein Angestellter wäre, was aber nicht der Fall sei, da Schärer vielmehr als Commissionär im Viehhandel détenteur der Thiere sei, welche er zum Verkaufe erhalte.

Qu'en particulier, l'exemple du domestique, cité par Schneider et Fick Art. 65 Nr. 2, et tiré de la discussion au Conseil national, ne peut laisser aucun doute sur le sens et la portée de cette disposition, dans l'idée du législateur;

Attendu, en conséquence, que c'est à bon droit que le demandeur s'est adressé au défendeur et non à son patron, que celui-ci ne pourrait être recherché que s'il avait commis une faute qui n'est pas même articulée, et que, même dans ce cas, il ne pourrait être actionné que par sieur Philippa, au moyen d'un recours en garantie.

(Semaine judiciaire, 1892 Nr. 2.)

---

43. *Prescription de dix ans. Fournitures de marchands à marchands. Art. 146, 147 C. O.*[1])

Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 16 novembre 1891 d. l. c. Vigny c. Corajod.

Vigny, négociant en épicerie, a livré en 1883 à J. et P. Corajod des marchandises pour la somme de fr. 122. 60. En 1891, il a formé demande en paiement de cette somme contre les acheteurs. Ceux-ci ont excipé de prescription; il s'agit, selon eux, de marchandises fournies en détail; or, la prescription serait de cinq ans, soit celle prévue à l'art. 147 C. O. Le Tribunal de commerce a admis l'exception de prescription. Vigny a interjeté appel contre ce jugement pour cause de violation de la loi, la prescription applicable n'étant pas celle prévue à l'art. 147, mais la prescription de dix ans prévue à l'art. 146 C. O. La Cour de Justice a déclaré recevable l'appel et a réformé le jugement.

Motifs: Considérant que la fourniture a été faite aux intimés alors qu'ils étaient mineurs et pour les besoins du magasin que leur tuteur exploitait en leur nom;

Qu'il ne s'agit donc point de fournitures faites au détail par un négociant à des personnes achetant pour leur consommation, mais de fournitures faites par un négociant à un autre négociant, pour les besoins de son commerce;

Qu'en parlant des actions des marchands en détail pour leurs fournitures et en appliquant à ces actions la prescription exceptionnelle de cinq ans, le législateur n'a évidemment point entendu viser les actions de marchands contre d'autres marchands, mais seulement les actions des marchands contre

---

[1]) Vergl. oben Nr. 18 und IX Nr. 83.

les personnes achetant au détail pour leur consommation ou leur usage;

Que la vente, par un marchand à un autre marchand de marchandises, même au détail, pour les besoins du commerce de ce dernier, et non pour sa consommation, constitue un acte d'un genre tout différent de celui prévu à l'art. 147 C. O.;

Que c'est la prescription normale de dix ans qui est applicable à l'action en paiement de fournitures faites dans une vente semblable.

(Semaine judiciaire, 1891 Nr. 47.)

---

44. *Dienstvertrag. Thätigkeit des Angestellten auf eigene Rechnung in Concurrenz gegen den Principal ist „wichtiger Grund" sofortiger Entlassung. Art. 346, 427 O. R.*

Bern. Urtheil des App.- und Cass.-Hofes v. 26. Februar 1891 i. S. Tschannen c. Blum-Javal et fils.

Kläger, als Appreteur (Gehilfe des Zuschneiders) im Kleidergeschäft der Beklagten angestellt, benutzte seine freie Zeit, namentlich die Sonntage, dazu, für eigene Rechnung Bestellungen auf Herrenkleider auszuführen, und wurde desshalb von den Beklagten sofort entlassen. Seine auf Entschädigung gerichtete Klage wurde abgewiesen.

Motive: Durch die Beweisführung ist hergestellt, dass Kläger eine Reihe von Geschäften abgeschlossen hat, die zum Geschäftszweige der Beklagten gehören. Namentlich hat er sich Kunden dadurch zu verschaffen gewusst, dass er durch einen Mittelsmann die Zusicherung gab, die Kleidungen würden vom Nämlichen coupiert, wie bei Blum, und kämen 30—40 Fr. billiger. . . . . Es kann einem Principal nicht zugemuthet werden, einen Angestellten, der im Geschäfte ausgebildet worden ist und der die hier erworbenen Kenntnisse zu Gunsten anderer Häuser und auf eigene Rechnung verwerthet, länger zu behalten. Hier kommt noch hinzu, dass Kläger als nächster Gehilfe des Zuschneiders während seiner langen Anstellung bei den Bekl. hinlänglich Gelegenheit hatte, sich den Schnitt jenes Hauses anzueignen; die Fertigkeit und die Eigenartigkeit in der Zuschneidekunst bildet aber einen Theil des Geschäftsgeheimnisses, auf dem nicht zum mindesten die Rentabilität des Geschäftes beruht. Die Concurrenz war um so weniger eine loyale, als sie bei grösserer Ausdehnung sich in ihrer Endwirkung gegen das Anstellungsverhältniss des Klägers selbst hätte richten müs-

sen; denn die ständige Anstellung des Klägers als Appreteur hat einen grossen Absatz zur Voraussetzung; wenn nun der Appreteur einerseits diesen Absatz durch seine Concurrenz schmälert und damit der Ständigkeit seiner Anstellung ihre Voraussetzung benimmt, andrerseits aber gerade dadurch öconomisch besser gestellt ist, dass er als ständiger Arbeiter einen höheren Gehalt bezieht, so erscheint die vorzeitige Aufhebung des Dienstverhältnisses um so mehr gerechtfertigt.

---

45. *Cautionnement donné par lettre. Offre ou contrat parfait? Art. 5, 12, 489 et 491 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 16 décembre 1891 d. l. c. Grossenbacher frères c. Forster.

G. Forster était employé dans la maison Grossenbacher frères comme voyageur. En cette qualité, il a pris une commande de vin chez N. A. Gr. frères, qui étaient déjà créanciers d'A. et qui n'avaient plus confiance dans sa solvabilité, ne voulurent pas exécuter la commande. Forster leur écrivit alors deux lettres pour leur donner des renseignements sur la position financière de N. A. et les prier de lui envoyer les échantillons de vin; „si ensuite l'envoi doit être fait, je vous dirai bien comment j'entends qu'il doit être fait. S'il le faut, je me porterai encore caution pour la dite expédition (wenn's dann pressirt, so bin ich noch Bürge für diese Lieferung).“ La maison Gr. frères a alors expédié à N. A. le vin facturé par 577 fr. 20. N. A. est tombé en faillite et suivant acte de défaut de biens Gr. frères ont perdu le montant de la facture. Ils ont ouvert action à Forster en paiement de la somme de 577 fr. 20 ensuite de la garantie qu'il avait donnée par sa lettre. Le Tribunal civil du district de Lavaux a écarté les conclusions de la demanderesse; son jugement est basé sur le motif, que Forster a fait une offre de se porter caution pour autant que cela serait nécessaire, mais que Gr. frères n'ayant pas répondu à la lettre de F. n'ont pas accepté son offre, de sorte que l'engagement de F. est resté incomplet. Le recours interjeté contre ce jugement a été admis par le Tribunal cantonal, qui a alloué à Gr. frères les conclusions prises par eux en demande.

Motifs: Considérant qu'il faut tenir compte, en l'espèce, du fait que les parties en cause sont des commerçants;

Que dans le commerce il se fait continuellement des contrats importants par simple correspondance.

Qu'il ressort de la correspondance que F. voulait décider ses patrons à faire un envoi que ceux-ci s'étaient refusés jusqu'alors à exécuter en raison de craintes qu'ils avaient au sujet de la solvabilité d'A.

Que, pour dissiper ces craintes et hâter l'exécution d'une commande qui ne lui paraissait pas dangereuse au point de vue du crédit, Forster s'est décidé à cautionner A.

Qu'ainsi, à défaut d'un texte parfaitement clair, l'intention de cautionner ressort suffisamment de toutes les circonstances de la cause.

Qu'en rapprochant la lettre des faits et des pièces qui en facilitent l'intelligence, on doit interpréter le passage litigieux en ce sens que F. déclarait dores et déjà cautionner la livraison faite à A., si cette livraison pressait.

Qu'ensuite de cette lettre, Gr. frères se sont décidés à envoyer les échantillons, puis à faire la livraison.

Que la lettre de F. constitue donc bien un cautionnement d'ailleurs régulier en forme (C. O. 489, 491 et 12).

Que le simple fait de l'expédition faite par Gr. frères impliquait de la part de ceux-ci l'acceptation de ce cautionnement, sans lequel la livraison n'aurait pas eu lieu.

Que, dans ces circonstances, il n'était pas nécessaire qu'une acceptation par lettre intervînt de la part de Gr. frères pour que l'engagement de F. fût valable (C. O. 5 al. 3).

(Journal des Tribunaux, 1892 Nr. 6 et 7.)

---

46. *Wechselverjährung. Unterbrechung durch „Anhebung der Betreibung." Sinn dieses Ausdrucks im Falle von Art. 657, Abs. 3 O. R. Art. 806 O. R. und Art. 67 Betr. und Conc. Ges.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 30. Januar 1892 i. S. Spar- und Leihcasse Luzern c. Creditbank Winterthur.

Im November 1891 erklärte die Actiengesellschaft „Kreditbank Winterthur" ihre Insolvenz. Durch Verfügung des Bezirksgerichtspräsidiums Winterthur vom 21. gl. Mts. wurde in Anwendung von Art. 657 Abs. 3 O. R. die Eröffnung des Concurses aufgeschoben und eine gerichtliche Verwaltung eingesetzt, und diese Verfügung sodann nach Entgegennahme und Prüfung von Eingaben und Protestationen verschiedener Gläubiger definitiv bestätigt. Dispositiv 3 dieser Verfügung lautete dahin: „Die Anhebung rechtlicher Betreibungen gegen

die Kreditbank ist untersagt." Hiegegen beschwerte sich die Spar- und Leihkasse Luzern als Inhaberin eines am 17. Dez. 1891 fälligen Wechsels auf die Kreditbank, der Mangels Zahlung protestirt worden war. Zur Wahrung ihres Wechselregressrechtes hatte dieselbe am 5. Jan. 1892 die Betreibung gegen die Kreditbank erhoben, war aber vom Betreibungsamte unter Hinweis auf jene Verfügung des Gerichtspräsidiums damit abgewiesen worden. Hierüber beschwerte sie sich zuerst beim Bez. Ger. Winterthur als erstinstanzlicher und dann beim Obergericht als zweitinstanzlicher kantonaler Aufsichtsbehörde. Das Betreibungsamt Winterthur wurde darauf angewiesen, den Zahlungsbefehl spätestens am 18. Jan. 1892, als dem letzten Tage der Verjährungsfrist des Regressrechtes einstweilen anzulegen. Die Beschwerde selbst wurde dagegen in beiden Instanzen verworfen.

Aus den zweitinstanzlichen Motiven:

1. Unter „Anhebung der Betreibung" im Sinne des Art. 806 O. R. ist nunmehr auf Grund des seither in Kraft getretenen Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs offenbar nur das zu verstehen, was im zweiten Titel desselben in Ziff. V unter der Rubrik „Anhebung der Betreibung" behandelt ist, und das ist im Wesentlichen nichts weiteres als die schriftliche oder mündliche Einreichung eines Betreibungsbegehrens, welches den Vorschriften des Art. 67 entspricht, bei dem Betreibungsamte, die Entgegennahme des Begehrens durch das letztere und, wenn dies begehrt wird, die Bescheinigung des Eingangs des Begehrens. Die Anlegung des Zahlungsbefehls an den Schuldner, welche erst in der folgenden Ziff. VI behandelt ist, gehört also nicht in dieses Stadium der blossen „Anhebung."

2. Wenn ferner Art. 657, Abs. 3 O. R. den Richter berechtigt, den Concurs, d. h. die Verwendung der Activen zum Zwecke der Vertheilung unter alle Gläubiger, zu verschieben „und inzwischen andere zur Erhaltung des Vermögens dienliche Anordnungen zu treffen," so muss gerade die Einstellung aller Betreibungen, welche ja dazu führen müssten, dass Vermögensstücke des Schuldners zur Befriedigung einzelner Gläubiger der Masse entzogen würden, als die erste und unerlässlichste Massregel erscheinen, welche überhaupt in solchen Fällen zu treffen ist. Im Interesse der Gerechtigkeit, d. h. der gleichmässigen Berücksichtigung aller Gläubiger, müsste die sofortige Konkurseröffnung diesem Zustande vorgezogen werden, und sie müsste daher unbedingt erfolgen, sobald ein Gläubiger einseitig eine Betreibung durch-

führen wollte. Der Art. 657, Abs. 3 redet daher von einer Verschiebung der Concurseröffnung offenbar nicht in dem Sinne, dass bis dahin noch die Befriedigung einzelner Gläubiger erzwingbar sei, sondern in dem Sinne, dass zu Gunsten aller Gläubiger die Vermögensobjecte möglichst intact erhalten werden und zwar durch eine geschäftsmässige, nicht überstürzte Liquidation der Activen, und dass alsdann der Concurs eröffnet werde, wenn nicht in anderer Weise, z. B. durch die Liquidation der Gesellschaft, dasselbe Ziel, nämlich die gleichmässige Abfindung aller Gläubiger, erreicht werden könne.

(Vgl. Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen Bd. XI. S. 52 ff.)

---

47. **Markenrecht.** *Strafklage wegen Verletzung des schweizer. Markenschutzgesetzes vom 26. Sept. 1890. Begriff der „Herkunftsbezeichnung". Gegenrecht der ausländischen Staaten. Uebereinkunft zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn vom 22. Juni 1885 betreffend den wechselseitigen Schutz der Fabrik- und Handelsmarken.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 31. Dez. 1891 i. S. der ersten Pilsener Aktienbrauerei c. Duttweiler & c. Haas.

Die „erste Pilsener Actienbrauerei" in Pilsen hatte unterm 26. Dez. 1890 zwei Schutzmarken für ihr Schank-, Lager- und Exportbier beim eidgenössischen Amt für geistiges Eigenthum hinterlegt.

Im Sommer 1891 hat R. Duttweiler in Zürich ein aus der Dampfbrauerei Klattau in Böhmen bezogenes Bier unter dem Namen „Feinstes Pilsener Tafelbier" in Zeitungen, Etiquetten etc. empfohlen und in den Handel gebracht.

Ebenso hatte schon seit März 1890 L. Haas in Riesbach, Bierbrauer, ein von ihm selbst gebrautes helles Bier in den Handel gebracht unter der Bezeichnung „Haas-Pilsener Bier" oder „Pilsener Bier, Brauerei L. Haas, Zürich" oder „Pilsener Bier, Brauerei Riesbach" etc.

Die Pilsener Aktienbrauerei liess gegen beide Strafklage erheben wegen Gebrauchs einer fälschlichen Herkunftsbezeichnung im Sinne des Art. 26, Abs. 2 des Markenschutzgesetzes.

Die Angeklagten wurden in beiden Instanzen freigesprochen.

Aus den zweitinstanzlichen Erwägungen:

a. Bezüglich der Klage gegen Duttweiler.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass auch unter der Herrschaft des neuen Markenschutzgesetzes der Angeklagte für das von ihm verkaufte Bier eine fälschliche Herkunftsbezeichnung gewählt hat. Der Art. 36 des schweiz. Markenschutzgesetzes setzt nun aber fest, dass diejenigen seiner Bestimmungen, welche die Herkunftsbezeichnungen betreffen, keine Anwendung finden gegenüber den nicht in der Schweiz wohnhaften Angehörigen von Staaten, welche auf diesem Gebiete kein Gegenrecht halten. Es ist daher vor Allem zu untersuchen, ob das österreichische Recht, in dessen Gebiet die Klägerin domicilirt ist, den Schutz ausländischer Herkunftsbezeichnungen kenne. Nun ergiebt sich aus Art. 32 des österreich. Markenschutzgesetzes vom 6. Jan. 1890 in Verbindung mit den Artikeln 1, 10 und 24 ebenda, dass in Oesterreich die blosse Herkunftsbezeichnung auch im Inlande nicht geschützt ist, sofern sie nicht verbunden ist mit einem Namen, der Firma oder einer sonstigen geschäftlichen Benennung des Etablissements eines Produzenten oder Kaufmanns. Dazu kommt, dass die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Oesterreich-Ungarn zum wechselseitigen Schutze der Fabrik- und Handelsmarken vom 22. Juni 1885 (in Oesterreich in Kraft seit dem 10. April 1886) in Art. 1 lediglich bestimmt: „Die Oesterreicher und Ungarn geniessen in der Schweiz und die Schweizer in Oesterreich-Ungarn in Bezug auf die Fabrik- und Handelsmarken den nämlichen Schutz wie die Einheimischen". Der Schutz bezieht sich also nicht auf die von den Marken thatsächlich und begrifflich durchaus verschiedenen reinen Herkunftsbezeichnungen, und es steht daher der Pilsener Brauerei auf schweizerischem Gebiete kein Klagerecht zu wegen Verletzung der Herkunftsbezeichnung ihrer Producte.

b. Bezüglich der Klage gegen Haas.

1. Wegen Verletzung des Schutzes einer Herkunftsbezeichnung kann nur dann Jemand mit Strafe belegt werden, wenn sein Verfahren sich als geeignet zeigt, die Käufer und allfällige Consumenten des Productes bezüglich der Herkunft desselben zu täuschen. Die nachgeahmte Anwendung einer Herkunftsbezeichnung hört dagegen auf, eine unbefugte und straffällige zu sein, sobald neben dem usurpirten Namen noch weitere Angaben vorhanden sind, welche unzweideutig Jedem erkennbar machen, dass er es nicht mit einem Producte zu thun hat, welches von dem Orte herstammt, der dem Erzeugniss in erster Linie seinen Ruf gegeben hat.

2. Die vom Angeklagten zur Bezeichnung und Anpreisung

seines Productes angewendeten Ausdrücke enthalten nun thatsächlich überall neben den Worten „Pilsener Bier“ noch weitere Angaben betr. die Herkunft des Gebräues, meistens durch wahrheitsgetreue Benennung des Ursprungsortes „Riesbach“. Es kann daher nicht angenommen werden, dass der Angeklagte durch die Bezeichnung „Pilsener Bier“ irgend einen Käufer über die Herkunft seines Productes habe täuschen wollen, noch auch dass den in Pilsen domicilirten Brauereien wegen unbefugter Herkunftsbezeichnung aus dieser Concurrenz Schaden entstanden sei. Es fehlt daher sowohl subjectiv wie objectiv an der Voraussetzung der Strafbarkeit nach schweizer. Recht, und es braucht in die Frage, ob die in Oesterreich domicilirten Brauereien nach den bestehenden Staatsverträgen berechtigt seien, in der Schweiz wegen Verletzung der Herkunftsbezeichnung Klage zu führen, hier nicht mehr eingetreten zu werden.

(Vgl. Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen, Bd. XI, S. 20 ff.)

---

48. *Haftpflicht aus Fabrikbetrieb. Voraussetzung ist Betriebsunfall, also ein bestimmtes Ereigniss. Art. 2 B.-Ges. v. 25. Juni 1881.*[1]

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 7. November 1891 i. S. Weiss c. Orell Füssli & Cie.

Frau J. Weiss arbeitete seit mehreren Jahren als Einlegerin an der Punktiermaschine im Buchdruckereigeschäfte O. F. & Cie. Am 11. Juli 1890 klagte sie über Unterleibsschmerzen, verliess die Arbeit und liess sich untersuchen. Der Arzt constatierte einen Schenkelbruch und erblickte die Entstehungsursache darin, dass zur Bedienung der Punktiermaschine der Oberkörper beständig, stundenlang anhaltend und forciert mit Beugung nach vorn habe gestreckt werden müssen. Frau Weiss klagte nun gegen O. F. & Cie. eine Entschädigung von 1000 Fr. ein, wurde aber abgewiesen.

Motive: Gemäss dem Entscheide i. S. Schmid (abgedr. H. E. X S. 183 f.) ist davon auszugehen, dass der Austritt eines Bruches zur Grundlage einer Entschädigungsklage im Sinne des Art. 2 Fabrikhaftpflichtges. gemacht werden kann, sofern derselbe Folge eines Betriebsunfalls ist. ..... Im vorliegenden Falle aber hat Klägerin den Austritt des Schenkelbruches nicht als Folge eines bestimmten einzelnen Vorfalls dargestellt; es muss auch nach ihrer An-

---

[1] Vgl. Revue IX Nr. 90.

gabe angenommen werden, dass er nicht auf einmal und plötzlich, sondern nach und nach stattgefunden habe.

Bei Prüfung der Frage, ob auch eine in solcher Weise eingetretene Körperverletzung als Betriebsunfall zu betrachten sei, ist zunächst im Auge zu behalten, dass das Gesetz die Haftpflicht des Unternehmers für durch den Betrieb veranlasste Krankheiten, sog. Berufskrankheiten, nur ausnahmsweise — in den Fällen des Art. 3 Fabrikhaftpflichtges. — statuiert, dass es also derartige Krankheiten jedenfalls nicht als Körperverletzungen im Sinne des Art. 2 betrachtet. Ferner weist die Fassung des Art. 2 darauf hin, dass als Ursache der Körperverletzung ein Unfall vorausgesetzt ist. Ueber den Begriff des letzteren besteht keine Uebereinstimmung. Die (von den meisten Versicherungsgesellschaften angenommene) Beschränkung auf gewaltsame äussere Veranlassung oder Einwirkung, mit Ausschluss der Verletzungen, welche blos die natürliche Folge des eigenen Verhaltens des Verletzten sind, dürfte kaum der gesetzgeberischen Intention bei Erlass des Haftpflichtgesetzes entsprechen; vielmehr erscheint es nach dieser, wie auch nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch als durchaus zulässig, auch solche Fälle unter den Begriff des Unfalls zu subsumieren, wo zwar keine äussere gewaltsame Einwirkung auf den Körper des Verletzten stattfindet, sondern die Verletzung lediglich die Folge der durch die Arbeit gebotenen Anstrengung des Körpers und seiner Organe ist, sofern nur — und hierin liegt das begriffliche Unterscheidungsmerkmal gegenüber den Berufskrankheiten — die Verletzung bezw. Störung der körperlichen Integrität sich auf ein bestimmtes auch zeitlich nachweisbares Einzelereigniss (den Unfall) zurückführen lässt, was bei eigentlichen Krankheiten wegen ihrer allmähligen Entstehung und Entwicklung eben nicht der Fall ist. Vgl. Zeerleder, schweiz. Haftpflichtgesetzgebung, S. 60. Arrêt de la Cour de Genève, Revue der Gerichtspraxis IX Nr. 90.

Im vorliegenden Fall fehlt es an der zuletzt erwähnten Voraussetzung, dem Eintritt der Verletzung in einem bestimmten Zeitpunkte als Folge eines bestimmten Ereignisses; die Klage kann daher nicht auf Art. 2 des Fabrikhaftpflichtges. gestützt werden. Von Anwendung des Art. 3 (Haftpflicht für Berufskrankheiten) kann noch weniger die Rede sein, da dieser Artikel voraussetzt, dass die betreffende Industrie vom Bundesrathe als gesundheitsschädlich bezeichnet worden sei, was hier nicht der Fall ist.

---

49. *Concurseröffnung. Zahlungseinstellung als Voraussetzung derselben. Art. 190 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Concurs.*

Zürich. Entscheid der Recurskammer des Obergerichtes vom 12. Febr. 1892.

Der im Handelsregister eingetragene W. G. zeigte seinen Gläubigern durch Circular an, dass er nicht mehr in der Lage sei, dieselben voll und ganz zu befriedigen, und ihnen daher zur Verhütung des Concurses, worin sie ganz zu Verlust kommen würden, 25% ihrer Guthaben offerire. Ein Gläubiger verlangte gestützt hierauf, unter Berufung auf Art. 190 Ziff. 2 des Betreibungsgesetzes die Concurseröffnung; dem Gesuche wurde entsprochen und der Recurs hiegegen abgewiesen.

Motive: Die Zahlungseinstellung im Sinne des Art. 190 Ziff. 2 des cit. Gesetzes ist allerdings nicht gleichbedeutend mit der Zahlungsunfähigkeit, erstere wird in der Regel das äussere Merkmal und die Folge der letzteren bilden. Indess kann auch trotz Zahlungsfähigkeit Zahlungseinstellung vorhanden sein, z. B. aus bösem Willen des Schuldners.

Der bundesräthliche Entwurf zum Bundesgesetze verlangte an dieser Stelle den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit; die jetzige Fassung des Gesetzes wurde durch die ständeräthliche Commission veranlasst in der ausgesprochenen Absicht, dem Gläubiger den Nachweis zu erleichtern. Es wurde betont, dass schon der Nachweis der Zahlungseinstellung, wie im französischen Rechte, genügen sollte, und der bezügliche Antrag wurde trotz des Einwurfes, dass dadurch der Artikel gegenüber dem Schuldner allzusehr verschärft werde, angenommen. (Bbl. 1886, III. S. 719.) Offenbar gieng die ständeräthliche Commission von der Ansicht aus, dass an sich die Zahlungsunfähigkeit entscheidend sein sollte, diese aber in den meisten Fällen schwer nachzuweisen und daher zu Gunsten des Gläubigers ein äusserliches Erkennungszeichen, nämlich die „Zahlungseinstellung“ zu setzen sei. Die Consequenz dieser Auffassung war aber, dass die Zahlungseinstellung als solche schon, auch wenn sie nicht die Folge der Zahlungsunfähigkeit ist, als Concurseröffnungsgrund erklärt und daher neben der Zahlungseinstellung nicht auch noch die Zahlungsunfähigkeit als Concursgrund im Gesetze erwähnt wurde; die erstere ist eben mit der letzteren ohne weiteres verbunden.

Die Voraussetzungen des Art. 190 Ziff. 2 cit. liegen

demnach nicht nur beim Nachweis der Thatsache vor, dass der Schuldner seine fälligen Verpflichtungen nicht erfüllt, sondern auch sobald dessen Zahlungsunfähigkeit feststeht. Obschon der erste Nachweis in der Regel leichter sein wird, als der letztere, giebt es doch Ausnahmen, wo zwar nicht direct die Zahlungseinstellung, wohl aber die Zahlungsunfähigkeit und damit auch jene nachgewiesen werden kann, und dies ist zweifellos der Fall, wenn der Schuldner in Circularen behufs Anbahnung eines privaten Nachlassvertrages seine Ueberschuldung eingesteht.

Freilich darf der Zustand der Zahlungsunfähigkeit nicht ohne weiteres mit demjenigen der Ueberschuldung identificiert werden. Auch ein überschuldeter Schuldner kann, sofern er Credit findet, den fälligen Ansprüchen gerecht werden und es kann weder von Zahlungsunfähigkeit, noch von Zahlungseinstellung die Rede sein (cf. Weber, Comment. zu Art. 190 und Gareis und Fuchsberger, Comment. z. Handelsgesetzb. S. 121). Fehlt dem Schuldner aber auch der nöthige Credit, um seine Verpflichtungen zu decken, so liegt Zahlungsunfähigkeit vor, und in diesem Sinne aufgefasst führt dieselbe ohne weiteres zur Zahlungseinstellung. Der Recurrent beweist nun durch seine Accommodementsofferte, dass seine eigenen Mittel, gleich wie sein Credit, erschöpft sind. Auf seine Ausführung, dass er ja wenigstens 25% der Forderungen bezahlen könne, ist zu erwidern, dass die Zahlungseinstellung überhaupt vorhanden ist, wenn der Schuldner nicht die Mittel hat, um seine Schulden, wenn sie fällig werden, ganz zu bezahlen. (Entsch. d. deutsch. Reichsger. in Civilsachen VI, S. 95 ff.)

(Vgl. Blätter f. handelsrechtl. Entscheid. XI. S. 54 ff.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

50. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilsachen. Ist dasselbe auch gegen kantonalgerichtliche Entscheide betreffend Zulässigkeit der Appellation an die obere kantonale Instanz zulässig?*

Kantonale Entscheidungen, durch welche die Appellation gegen ein erstinstanzliches Civilurtheil als verwirkt erklärt worden ist, können nicht gemäss Art. 29 Organis.-Ges. an das Bundesgericht weitergezogen werden. Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts ist nur gegen ein Haupturtheil zulässig. (Entsch. v. 26. März 1892 i. S. Rollinet.)[1]

---

51. *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilsachen; kommen Gegenforderungen, welche nur zur Compensation verstellt, aber nicht widerklagsweise geltend gemacht werden, bei Beurtheilung des Streitwerthes in Betracht?*

P. hat gegen M. eine Forderung von Fr. 350 eingeklagt. Der Beklagte bestritt diese Forderung an sich nicht, machte aber u. A. eine Gegenforderung von Fr. 3000 geltend. Gegen das die Klagforderung gutheissende kantonale Urtheil ergriff M. die Berufung an's Bundesgericht. Letzteres erklärte sich aber für incompetent, weil der gesetzliche Streitwerth von 3000 Fr. nicht gegeben sei. Allerdings erreiche die von M. zur Compensation gestellte Forderung den Betrag von 3000 Fr. Allein der Streitwerth beurtheile sich nach den von den Parteien gestellten Anträgen. Nun habe M. seine Forderung von 3000 Fr. nicht etwa widerklagsweise geltend gemacht, sondern er habe sie lediglich zur Compensation verstellt und demnach einfach darauf angetragen, es sei die eingeklagte Miethzinsforderung als durch Verrechnung getilgt zu erklären. Es komme daher für die Streitwerthsberechnung im gegenwärtigen Prozesse die Gegenforderung nur bis zur

---

[1]) Vgl. A. S. d. bg.-Entsch. V. S. 291. Revue VI Nr. 60.

Höhe der Klageforderung in Betracht und es sei somit die Kompetenz des Bundesgerichtes nicht gegeben. (Entsch. v. 26. März 1892 i. S. Meyer c. Pfeiffer.)

---

52. *1) Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichtes in Civilsachen; Aktenvervollständigung. 2) Art. 20 und 346 O. R. Irrthum in der Person; Untauglichkeit eines Angestellten zur Bekleidung der übernommenen Stelle als Grund der Auflösung des Dienstvertrages und Vorenthaltung des vertraglichen Gehalts als solcher.*

1. Art. 30 Abs. 4 O. G. berechtigt das Bundesgericht zu Anordnung einer Aktenvervollständigung nur für den Fall, dass das kantonale Gericht Beweise wegen Unerheblichkeit des Beweisthemas abgelehnt hat; nur in diesem Falle steht die Anwendung von Grundsätzen des eidg. Privatrechts, welche einzig der Nachprüfung des Bundesgerichtes unterstehen, in Frage.[1]

2. Irrthum über die Person ist Irrthum über die Identität der Person; er setzt voraus, dass der Vertrag mit einer andern Person abgeschlossen wurde, als der Irrende ihn abschliessen wollte. Davon ist keine Rede, wenn der G. den Anstellungsvertrag mit dem S. und mit keiner andern Person abschliessen wollte. Sollte er hiezu durch irrige Vorstellungen über die geschäftliche Tüchtigkeit des Angestellten S. bestimmt worden sein, so liegt darin ein blosser Irrthum im Beweggrund, kein wesentlicher Irrthum, insbesondere kein Irrthum über die Person.

3. Ist der Angestellte zu ordentlicher Bekleidung der von ihm übernommenen Stelle untauglich, so läge hierin allerdings ein „wichtiger Grund", welcher den Dienstherrn gemäss Art. 346 O. R. zu sofortiger Auflösung des Dienstvertrages berechtigte. Hat der Dienstherr vom Angestellten eine ganz aussergewöhnliche geschäftliche Befähigung und aussergewöhnliche Leistungen erwartet und sich in dieser Erwartung getäuscht, so berechtigt ihn dies doch nicht zum Bruche des Dienstvertrages. Es wäre denn, dass ihm etwa der Angestellte bei dessen Abschluss in dieser Richtung bestimmte Zusicherungen gemacht hätte, die nicht erfüllt worden wären. Alles was der Dienstherr, — abgesehen von besonderen Zusicherungen, — zu erwarten und zu fordern berechtigt ist, sind normale Befähigung und normale Leistungen.

---

[1]) S. Revue III Nr. 6, 68. V Nr. 54.

4. In der grundlosen Vorenthaltung des vertraglichen Gehaltes durch den Dienstherrn liegt für den Dienstverpflichteten ein wichtiger Grund, die Auflösung des Dienstvertrages zu verlangen. (Entsch. v. 26. März 1892 i. S. Siegrist c. Fischer-Gautschi.)

---

53. *Art. 5 B.-G. betr. die persönliche Handlungsfähigkeit. Inwiefern ist eine Entmündigung eine Verletzung dieser Gesetzesbestimmung?*

Sofern der nach kantonalem Rechte bestehende Entmündigungsgrund bundesrechtlich zulässig ist und sofern er sich nicht in seiner practischen Anwendung als ein bloss vorgeschobener erweist, kann von einer Verletzung des B.-Gesetzes betr. die persönliche Handlungsfähigkeit nicht die Rede sein. (Entsch. v. 16. Januar 1892 i. S. Feer.)

---

54. *B.-Gesetz betr. die persönliche Handlungsfähigkeit und Art. 59 B.-V.; beziehen sich dieselben auf die Abwesenheitsvormundschaft? Wirkungen dieser Vormundschaft.*

Die Bestellung eines Abwesenheitspflegers verstösst weder gegen den Art. 59 Abs. 1 der B.-V., noch gegen das Bundesgesetz betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit. Dieses Gesetz beschäftigt sich mit der Abwesenheitspflegschaft überall nicht, sondern überlässt deren Ordnung der kantonalen Gesetzgebung. Denn die Bestellung einer Abwesenheitspflegschaft enthält keine Entziehung oder Beschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit; vielmehr bleibt die Handlungsfähigkeit des Abwesenden, welchem ein Pfleger bestellt worden ist, ungemindert bestehen. Die Pflegschaft fällt ohne weiters dahin, wenn der Abwesende zurückkehrt, und der Pfleger hat bei seiner Verwaltung die Weisungen des Abwesenden zu befolgen u. s. w. Die Frage, wo Jemand mit einer persönlichen Klage belangt werden könne, ist von der Statthaftigkeit der Abwesenheitspflegschaft unabhängig; sie ist nach der Sachlage zur Zeit des Prozessbeginns zu beurtheilen und kann vom Bundesgerichte erst dann beurtheilt werden, wenn eine Beschwerde gegen eine richterliche, die Prozesseinleitung involvirende Verfügung vorliegt. (Entsch. v. 18. März 1892 i. S. Hilfiker.)

---

55. *Schadenersatzanspruch wegen verspäteter Entlassung aus einer öffentlichen, staatlichen Irrenanstalt; ist derselbe vertraglicher oder deliktischer Natur? Kann die Haftbarkeit des Staates auf Art. 62 O. R. gestützt werden?*

1. Der Beschluss der Aufnahme eines Kranken in eine öffentliche Irrenanstalt enthält nicht die Eingehung eines privatrechtlichen Dienstvertrages, sondern qualifizirt sich als ein Akt der staatlichen Verwaltung, mag der Kranke zustimmen oder nicht. Schadenersatzansprüche wegen verspäteter Entlassung können sich daher nicht auf eine Vertragsverletzung stützen, sondern nur auf eine unerlaubte Handlung (Freiheitsberaubung) gegründet werden.

2. Oeffentliche Irrenanstalten sind keine gewerblichen Unternehmungen, sondern ihr Zweck ist ein öffentlicher, einerseits humanitärer und polizeilicher, anderseits wissenschaftlicher. Eine Haftbarkeit des Staates für allfällige rechtswidrige Handlungen des Direktors kann daher nicht auf Art 62 O. R. gestützt werden. (Entsch. v. 19. Febr. 1892 i. S. Kunkler c. Basel.)

---

56. *Kantonale Bestimmungen über Prozessverjährung; sind dieselben durch das eidg. O. R. ausser Kraft gesetzt?*

Kantonale Gesetzesbestimmungen, welche nicht die Zeit der Geltendmachung eines Anspruches, sondern die Wirkungen der Nichtprosequirung einer bereits erhobenen Klage regeln, bezw. bei Nichtprosequirung binnen Frist die Durchführung der Klage als verwirkt erklären, gehören dem Prozessrechte an und richten sich deshalb nach der Gesetzgebung der Cantone. Mit den Bestimmungen des eidg. O. R. über die Verjährung (Art. 146 ff.) stehen sie nicht im Widerspruch. (Entsch. v. 26. März 1892 i. S. Hug.)

---

57. *Art 10 und 14 O. R. Einwendung des Beklagten, dass eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt worden sei; Beweislast.*

Nach Art. 10 O. R. bedürfen die Verträge nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt; für den Kaufvertrag ist eine besondere Form gesetzlich nicht vorgeschrieben und es ist derselbe demnach nach der gesetzlichen Regel formlos gültig. Wenn also mündlicher Austausch der dem Kaufe wesentlichen gegenseitigen Zusicherungen stattgefunden hat, so liegt der Regel nach ein

perfekter Kaufvertrag vor. Wer daher einen solchen mündlichen Austausch von Zusicherungen behauptet und nachweist, hat einen Thatbestand behauptet und nachgewiesen, welcher nach der gesetzlichen Regel den Schluss auf das Vorhandensein eines bindenden Kaufvertrages gestattet. Damit hat er seiner Beweispflicht Genüge geleistet. Wenn der Gegner dem gegenüber behauptet, es sei die Erfüllung einer bestimmten Form für die Gültigkeit des Vertrages vorbehalten worden, so behauptet er eine die regelmässige Wirksamkeit der mündlichen Willenserklärung ausschliessende besondere Thatsache; er macht geltend, dass die normale, regelmässige Wirkung der mündlichen Abrede hier zufolge einer getroffenen besonderen Vereinbarung nicht eintrete: damit macht er eine rechtshindernde Thatsache geltend, deren Nachweis grundsätzlich ihm obliegt, während dem Kläger nicht zugemuthet werden kann, neben dem Beweise für das Vorhandensein des nach der gesetzlichen Regel rechtsbegründenden Thatbestandes noch den Beweis für die Abwesenheit einer besonderen Thatsache zu erbringen, welche, wenn vorhanden, die normale Wirksamkeit des Thatbestandes ausschliessen würde. Die gegentheilige Meinung ist allerdings in der Doktrin vertreten worden (s. insbes. Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 3. Auflage S. 175). Allein sie kann wohl nicht als die herrschende bezeichnet werden (vergl. dagegen den Entwurf eines bürg. Gesetzbuches für das deutsche Reich § 194 und die Motive zu diesem Entwurfe Bd. I S. 382 a. ff.), und es ist ihr aus den angeführten Gründen nicht beizutreten. (Entsch. v. 27. Februar 1892 i. S. Fànkhauser c. Gerbehof.)

---

58. *Art. 15 und 16 O. R. Beweiskraft des Schuldbekenntnisses.*

Qualifizirt sich eine Urkunde als Schuldschein, so hat der Ansprecher den ihm obliegenden Beweis für die Existenz seiner Forderung erbracht; ein Beweis dafür, dass er im Stande gewesen sei, ein Darlehen in dem betreffenden Betrage aus eigenen Mitteln zu gewähren, kann ihm daneben gewiss nicht zugemuthet werden. Das Schuldbekenntniss beweist den Bestand der Schuld. Wenn der Angesprochene behauptet, es liege dem Schuldbekenntniss ein rechtlich unzulässiges Geschäft zu Grunde, so liegt ihm der Beweis hiefür ob. Eine Entscheidung, welche einem Schuldschein, wegen irrthümlicher Auffassung desselben, die Beweiskraft für den

Bestand eines Schuldverhältnisses abspricht, beruht auf einer Verletzung der Art. 15 und 16 O. R. (Entsch. v. 11. März 1892 i. S. Bühler c. Bühler.)

---

59. *Art. 53 und 54 O. R. Steht dem Ehemann wegen Tödtung seiner Ehefrau ein Entschädigungsanspruch zu?*

Erscheint ausnahmsweise die Ehefrau, wenn auch nur zeitweise, als Versorgerin des Mannes, so steht dem letztern im Falle Tödtung der erstern ein Anspruch aus Art. 52 O. R. auf entsprechende Entschädigung zu. Ebenso kann dem Ehemann eine Entschädigung gestützt auf Art. 54 O. R. zugesprochen werden. (Entsch. v. 26. Febr. 1892 i. S. Madörin c. Baselland.)

---

60. *Art. 865 ff. Firmenrecht. Verhältniss dieser Bestimmungen zu den kantonalen Vorschriften über die Wirthshausschilder.*

Durch die Bestimmungen des eidgenössischen Privatrechts über das Firmenrecht sind die polizeilichen Vorschriften der kantonalen Gesetze über die Wirthshausschilder oder Zeichen keineswegs aufgehoben. Firma und Wirthshausschild sind, wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat,[1]) verschiedene Begriffe. Die Firma ist der Name, welchen ein Geschäftsinhaber in seinem Geschäftsbetriebe sich beilegt; sie enthält die Bezeichnung der Person des Geschäftsinhabers, nicht des von dieser betriebenen Geschäfts, und muss daher gemäss Art. 867 O. R. in dem bürgerlichen Namen des Geschäftsinhabers mit oder ohne Vornamen bestehen, wobei nur Zusätze zu näherer Bezeichnung der Person oder des Geschäfts statthaft sind. Das Wirthshausschild oder Zeichen dagegen dient nicht dazu, die Person des Geschäftsinhabers im geschäftlichen Verkehre, bei Abschluss von Rechtsgeschäften u. s. w., zu bezeichnen, sondern es bezeichnet das Geschäft, das vom Wirthe betriebene Etablissement. Die bundesrechtlichen Normen über Recht und Pflicht der Firmenführung, Beschaffenheit und Schutz der Geschäftsfirmen finden also auf die Wirthshausschilder keine Anwendung. Es steht vielmehr den kantonalen Polizeigesetzen frei, über die Pflicht zur Führung von Schildern oder Zeichen durch Gastwirthe,

---

[1]) S. oben Nr. 4.

deren nothwendige Beschaffenheit u. s. w., im öffentlichen Interesse Bestimmungen zu treffen, während dagegen allerdings rücksichtlich der Firmenführung auch für Gastwirthe die Regeln des eidg. O. R. gelten. (Entsch. v. 22. April 1892 i. S. Hauri.)

---

61. *Versicherungsrecht. Rechte des Versicherers bei Tödtung und Körperverletzung des Versicherten gegen den Thäter oder verantwortlichen Dritten.*[1])

Der Versicherer, welcher die Versicherungssumme bezahlt, erfüllt damit lediglich seine eigene vertragliche Verpflichtung, nicht aber leistet er für einen Dritten. Es kann somit weder die Anwendung des Art. 126 Ziff. 3 noch etwa diejenige der Art. 79 und 168 O. R. in Frage kommen. Ebensowenig besteht ein allgemeines Princip des Assecuranzrechtes, dass der Versicherer mit der Bezahlung der Versicherungssumme von Rechteswegen in die Rechte des Versicherten oder seiner Hinterlassenen gegen den Thäter oder die für diesen verantwortlichen Personen eintrete. Allerdings bestimmen manche Gesetze, dass der Versicherer, welcher den Schaden bezahlt habe, in alle Rechte eintrete, welche der Versicherte aus solchem Schaden gegen Dritte haben möge (s. z. B. die Citate bei Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts S. 219), und ist dieser Satz in Doktrin und Praxis als ein aus der Natur der Versicherung fliessender und daher auch, abgesehen von einer positiven Gesetzesbestimmung, gewohnheitsrechtlich geltender vertreten worden (vergl. Lewis a. a. O. S. 217 u. f.). Allein dieses Prinzip ist nicht einmal für das Gebiet der Sachversicherung ein allgemein anerkanntes (vergl. dagegen z. B. für die Feuerversicherung Fuzier-Herrmann, Répertoire général alphabétique du droit français, Bd. 5, Assurance contre l'incendie Nr. 486 u. ff.; Bonneville de Marsangy, Jurisprudence générale des assurances terrestres, II. Theil S. 316 Anm. 3 und Table des matières s. v. Subrogation; Rivière, Pandectes françaises, X, Assurance contre l'incendie Nr. 1609 u. ff.), und noch weniger kann es für die Personenversicherung als selbstverständlicher, auch ohne spezielle gesetzliche Vorschrift geltender Grundsatz betrachtet werden (vrgl. darüber Rölli, a. a. O. S. 25 u. ff.; Vivante, Il contratto di assicurazione

---

[1]) Siehe hiezu besonders Rölli in Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bd. XXVIII. Heft 1.

III. Nr. 215). Bei der Personenversicherung, wo die Versicherung in unbeschränkter Höhe statthaft ist, kann gewiss nicht ohne weiters gesagt werden, dass der Versicherungsnehmer oder dessen Hinterlassene, wenn sie neben der Entschädigungsleistung des Thäters noch die Versicherungssumme beziehen, in unzulässiger Weise mehrfachen Ersatz desselben Schadens erhalten.

Durch den Versicherungsvertrag können Rechte der Begünstigten, welche bei Abschluss des Vertrages nicht mitgewirkt haben, nicht wirksam abgetreten werden. Vielmehr kann durch den Versicherungsvertrag höchstens stipulirt werden, dass die Versicherungsgesellschaft den Begünstigten die Versicherungssumme nur gegen Abtretung ihrer Rechte gegen den Thäter und den für die That Verantwortlichen auszubezahlen verpflichtet sei, so dass die Begünstigten, wenn sie den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage geltend machen wollen, gegen Bezahlung der Entschädigungssumme ihre Rechte abzutreten verbunden seien. (Entsch. v. 30. April 1892 i. S. Soleil c. J. S. Gesellschaft.)

---

62. *Art. 54 B.-V. und Art. 46 lit. A. B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Steht die Anwendung äusseren Zwanges zum Zusammenleben der Eheleute mit diesen Bestimmungen in Widerspruch?*

Das Bundesgesetz betreffend Civilstand und Ehe regelt, entsprechend den durch die Bundesverfassung (Art. 53, 54 und 58 Abs. 2 B.-V.) dem Bunde übertragenen Kompetenzen, nur das Recht der Eheschliessung und Ehetrennung, sowie den Gerichtsstand für Eheeinsprachen und Ehetrennungsstreitigkeiten. Dagegen enthält es (abgesehen von der bereits in Art. 54 l. 4 B.-V. enthaltenen Vorschrift) keinerlei Bestimmungen über die rechtlichen Wirkungen der Ehe; es normirt weder die Wirkungen der Ehe auf die persönlichen, noch diejenigen in Bezug auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten, noch endlich das Eltern- und Kindesrecht. Vielmehr ist dies der kantonalen Gesetzgebung anheimgegeben, welche dazu verfassungsmässig einzig kompetent ist. Denn die Bundesverfassung stellt eben nur das Recht zur Ehe unter den Schutz des Bundes, während im übrigen das Gesetzgebungsrecht auf dem Gebiete des Familienrechts den Kantonen verblieben ist (vgl. A. Slg. II. S. 504 u. f. Erw. 3). Die kantonale Gesetzgebung hat demnach über die Pflicht der Ehegatten zum Zusammenleben während der Ehe,

speziell über die Pflicht der Ehefrau zur ehelichen Folge und deren Erzwingbarkeit zu bestimmen. Eine bundesrechtliche Norm, welche die Kantone hindern würde, die Pflicht zum ehelichen Zusammenleben zu einer erzwingbaren zu erklären, besteht danach nicht. Der Umstand, dass wegen böslicher Verlassung unter bestimmten Voraussetzungen die Ehescheidung verlangt werden kann, schliesst nicht aus, dass zu Abwendung des Eintrittes dieses Scheidungsgrundes Zwang angewendet werden kann. (Entsch. v. 26. Febr. 1892 i. S. Indermauer.)

---

63. *Art. 43 und 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Gerichtsstand für die Vermögenstheilungsklagen nach geschiedener Ehe bei Verlegung des Wohnorts in's Ausland nach der Scheidung?*

Mit den Art. 43 und 49 leg. cit., welche für Ehescheidungsklagen den Gerichtsstand des schweizerischen Wohnortes oder bei Abgang eines solchen des letzten schweizerischen Wohnortes oder des Heimatortes des Ehemannes statuiren und vorschreiben, dass über die Folgen der Ehescheidung zu gleicher Zeit wie über die Scheidungsklage zu entscheiden sei, steht nicht im Widerspruch, wenn der kantonale Richter angenommen hat, dass auch in dem Falle, wo die Vermögensausscheidung zwischen den Eheleuten ad separatum verwiesen wurde und daher erst nachträglich zu entscheiden ist, derjenige Richter zuständig sei, welcher über die Ehescheidung selbst abgesprochen hat. Irgendwelche bundesrechtliche Vorschrift, welche im Auslande wohnenden Eheleuten für Vermögenstheilungsklagen den Gerichtsstand ihres Wohnortes gewährleisten würde, besteht nicht.[1]) (Entsch. v. 19. Febr. 1892 i. S. Zoller.)

---

64. *Art. 27 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Aufhebung der vom Vormund ertheilten Ehebewilligung durch die Obervormundschaftsbehörde.*

Wenn auch Art. 27 C. St. G. von einem Rekurse an die zuständige Vormundschaftsbehörde nur bei Eheverweigerungen des Vormundes spricht, dagegen von einem solchen Rekurse

---

[1]) Vgl. A. S. d. b.-g. Entsch. V. S. 446. — In casu hatte Rekurrent, nachdem er geschieden worden, seinen Wohnort in's Ausland verlegt und — ohne Erfolg — verlangt, dass der Prozess über die Vermögensausscheidung an seinem nunmehrigen Wohnort ausgetragen werde.

gegen die vom Vormunde ertheilte Ehebewilligung nichts enthält, so schliesst das nicht aus, dass nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung der Vormundschafts-, resp. Obervormundschaftsbehörde das Recht zustehe, die Ehebewilligung des Vormundes, von sich aus oder auf Anrufen eines Dritten, kraft ihres Aufsichtsrechtes aufzuheben. Das Stillschweigen des Bundesgesetzes hierüber bedeutet nicht, dass eine derartige obervormundschaftliche Befugniss bundesrechtlich ausgeschlossen sei, sondern ist einfach darauf zurückzuführen, dass die Regelung des Vormundschaftswesens, speziell auch die Normirung des Aufsichts- und Genehmigungsrechtes der Obervormundschaftsbehörden gegenüber den Schlussnahmen der Vormünder und untern Vormundschaftsbehörden einem Gebiete angehört, welches der Bundesgesetzgebung entzogen und der kantonalrechtlichen Ordnung anheim gegeben ist. Aus dem Umstande, dass das Bundesgesetz, im Interesse des Schutzes des Rechts zur Ehe, ausspricht, dass die Eheverweigerung des Vormundes keine definitive sei, sondern ihr gegenüber die Entscheidung der zuständigen Vormundschaftsbehörde angerufen werden könne, darf demnach nicht gefolgert werden, dass umgekehrt die obervormundschaftlichen Befugnisse gegenüber einer vom Vormunde ertheilten Ehebewilligung cessiren. (Entsch. v. 4. März 1892 i. S. Lüscher.)

---

65. *Art. 54. B.-V. und Art. 41 B.-Ges. betr. Civilstand und Ehe. Legitimation vorehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe der Eltern. Anfechtungsklage; kann dieselbe nur gegen das Kind selbst gerichtet werden? Beweiskraft der Anerkennung des Ehemannes der Mutter.*

1. Das Bundesrecht normirt die Legitimation vorehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe der Eltern in ihren Voraussetzungen und Wirkungen. Streitigkeiten darüber sind also Streitigkeiten eidgenössischen Rechts. Soweit allerdings Thatfragen in Betracht kommen, welche ausschliesslich nach Beweisregeln des kantonalen Rechts sich beurtheilen, ist das Bundesgericht in Legitimationssachen wie in andern Rechtsstreitigkeiten gemäss Art. 30 O. G. an den vom kantonalen Richter festgestellten Thatbestand gebunden; eine Beschwerde, welche ausschliesslich gegen derartige thatsächliche Feststellungen der kantonalen Gerichte gerichtet ist, muss also erfolglos bleiben, d. h. ohne weiteres als unbegründet abgewiesen werden. Die Kompetenz des Bundesgerichtes dagegen ist nichtsdestoweniger begründet; es handelt sich nichts-

destoweniger um einen aus dem eidgenössischen objektiven Rechte abgeleiteten Anspruch, über welchen nach Bundesrecht, wenn auch gestützt auf den vom kantonalen Gerichte verbindlich festgestellten Thatbestand zu entscheiden ist.

2) Ob ein Kind als durch nachfolgende Ehe seiner Eltern legitimirt, oder ob es als unehelich zu betrachten sei, kann nur gegenüber dem Kinde, in einem Verfahren, in welchem dieses selbst als Partei in's Recht gefasst und ihm daher die Vertheidigung seiner Rechte möglich ist, gültig entschieden werden. In einem Verfahren, in welchem der Nächstbetheiligte, das Kind, nicht Partei ist, kann diese Statusfrage nicht in gültiger, für Jedermann, insbesondere für das Kind selbst, verbindlicher Weise beurtheilt werden.

3) Wie das Bundesgericht bereits wiederholt ausgesprochen hat, genügt die einfache Anerkennung vorehelicher Kinder, um diesen die Rechte ehelicher zu verschaffen, vorbehältlich einzig der Anfechtung einer erweislich unwahren Anerkennung (s. u. a. Entsch. A. Slg. Bd. 3 S. 835 u. ff.). Das Anerkenntniss ist allerdings nicht Dispositivakt, sondern Beweismittel für die Abstammung des Kindes von den Eheleuten, speziell vom Ehemann, und es ist daher der Gegenbeweis zulässig; allein so lange dieser nicht erbracht ist, muss die Anerkennung als richtig gelten und ist dadurch die Vaterschaft des Ehemannes rechtlich festgestellt. Wenn die Anerkennung nicht als beweiskräftig erachtet, sondern ein von derselben unabhängiger Beweis der Erzeugung der vorehelichen Kinder durch den Ehemann der Mutter gefordert würde, so würde offenbar das bundesrechtliche Prinzip der Legitimation durch nachfolgende Ehe in seiner praktischen Durchführung wesentlich gefährdet. Deshalb ist denn auch nach Art. 41 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe die Legitimationserklärung der Eltern vom Civilstandsbeamten ohne vorgängige causae cognitio, ohne dass derselbe einen weitern Beweis der Vaterschaft fordern dürfte, einzutragen. Dies ist indess eine blosse Ordnungsvorschrift, deren Uebertretung nach Art. 59 Ziff. 1 leg. cit. Strafe nach sich zieht; dagegen wird durch ihre Nichtbeobachtung weder die Legitimation überhaupt ausgeschlossen, noch auch die Beweiskraft der Anerkennung geschwächt. (Entsch. v. 6. Mai 1892 i. S. Schumacher c. Kistler.)

---

66. *Markenschutz. Ist für die Beschaffenheit der Appellationserklärung an eine kantonale obere Instanz in Markenrechtssachen das kantonale Recht massgebend?*

Für die Beschaffenheit der Appellationserklärung des Geschädigten in Markenrechtssachen ist ausschliesslich das kantonale Prozessrecht massgebend. Die eidgenössischen Markenschutzgesetze vom 19. Dezbr. 1879 resp. 26. Septbr. 1890 und die internationale Konvention betr. gewerbliches Eigenthum vom 6. Juli 1884 bestimmen darüber überall nichts. Es ist daher die Frage, ob die Appellationserklärung des Geschädigten derart gefasst war, dass ihr die Bedeutung einer Appellation im Strafpunkte beigemessen werden konnte, nach kantonalem (in casu zürcherischem) Rechte zu beurtheilen. (Entsch. v. 13. Febr. 1892 i. S. Leonhard c. Ellis.)

---

67. *Markenschutz. Inwiefern schliesst die Unwissenheit, dass das nachgeahmte fremde Waarenzeichen gesetzlich geschützt sei, den Vorsatz (dolus) aus?*

Wer ein fremdes Zeichen bewusst nachahmt oder verwendet, ohne sich irgend darum zu kümmern, ob dasselbe geschützt sei oder nicht, handelt ebensowohl bewusst widerrechtlich wie derjenige, welcher von dem Eintrage der Marke Kenntniss erhalten hat. Der widerrechtliche Vorsatz ist dadurch gegeben, dass der Thäter weiss, dass er ein fremdes Zeichen nachahmt oder verwendet; er wäre nur dann ausgeschlossen, wenn der Thäter auf Grund redlicher Prüfung zu der, wenn auch irrthümlichen Ueberzeugung gelangt wäre, das fremde Zeichen sei nicht geschützt. Dagegen wird der Vorsatz dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Thäter in frivoler Unbekümmertheit um fremdes Recht jegliche Prüfung unterlässt und das fremde Zeichen ohne weiters für sich ausnützt. So wenig derjenige, welcher eine gefundene Sache sich aneignet, sich damit ausreden kann, er habe nicht gewusst, dass dieselbe in fremdem Eigenthum stehe und nicht vielmehr herrenlos sei, so wenig kann der Benützer eines fremden Waarenzeichens sich damit entschuldigen, er habe nicht gewusst, dass das Zeichen gesetzlich geschützt sei (vrgl. Kohler, Recht des Markenschutzes S. 355 u. f.). Wer ein fremdes Zeichen für sich ausnützen will, muss vorher prüfen, ob er dadurch nicht das Recht eines Dritten verletze; unterlässt er dies, so handelt er bewusst widerrechtlich, da er bewusst in ein fremdes Rechtsgut eingreift, ohne sich dazu für berechtigt halten zu dürfen. Andernfalls, wenn zum

Thatbestande einer strafbaren Markenrechtsverletzung das bestimmte Wissen des Thäters um den gesetzlichen Schutz des Zeichens gefordert würde, wäre der strafrechtliche Zeichenschutz völlig illusorisch, da es alsdann genügen würde, der Einsicht in das Markenregister sich zu enthalten, um der strafrechtlichen Ahndung zu entgehen[1].) (Entsch. v. 19. Febr. 1892 i. S. Wallbaum Ludwig Goulden & Cie.)

---

68. *Art. 28 B.-Ges. betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten. Inwiefern ist eine Beschwerde über das Verfahren der Schatzungscommission beim B.-Gericht zulässig?*

Gestützt auf Art. 28 des Expropriationsgesetzes kann gegen das Verfahren der Schatzungskommissionen an das Bundesgericht rekurrirt werden, sofern jenes Verfahren Verstösse gegen allgemeine prozessualische Principien enthält. Die vom Bundesgericht geführte Controle erstreckt sich aber nicht allgemein auf alle Vorbereitungsmassregeln und einzelne Zwischenbeschlüsse, die von den Schatzungskommissionen schon im Vorverfahren gefasst werden können. Für derartige Zwischenbeschlüsse und Vorbereitungsmassregeln, worunter auch namentlich die Bestellung von Schatzungsexperten gehört, besteht kein gesondertes Rekursrecht an das Bundesgericht. (Entsch. vom 1. April 1892 i. S. Stäuble.)

---

69. *Art. 35 B.-Ges. betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten. Kann die darin festgesetzte Rekursfrist durch Parteivereinbarung erstreckt werden?*

Die Beschwerdefrist des Art. 35 des B.-G. über die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten ist eine Nothfrist und daher, da das Gesetz eine solche nicht ausdrücklich zulässt, der Abänderung durch Privatdisposition entzogen.[2]) Eine analoge Anwendung der Regel des Art. 65 d. eidg. C. P. O. ist ausgeschlossen. (Entsch. v. 8. Apr. 1892 i. S. Alpgenossenschaft Wärgisthal c. Aktiengesellschaft der Wengernalpbahn.)

---

70. *B.-Ges. betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten. Inwiefern können Ersatzansprüche wegen Eigenthumsbeschädigung im Expropriationsverfahren geltend gemacht werden?*

---

[1]) S. Revue VI Nr. 71. VIII Nr. 63.

[2]) A. S. d. b.-g. Entsch. XIII. S. 37.

Wie das Bundesgericht schon wiederholt entschieden hat (s. A. S. IV. S. 65 u. ff., S. 71 u. f. und IX. S. 238), sind Ersatzansprüche wegen Eigenthumsbeschädigung durch Ausführung eines dem eidgenössischen Expropriationsgesetze unterstehenden öffentlichen Werkes dann als Ansprüche aus Enteignung von Schatzungskommission und Bundesgericht zu beurtheilen, wenn die betreffende Rechtsgüterbeschädigung die nothwendige oder doch nicht leicht vermeidliche Folge des konzessionirten Baues selbst ist. Handelt es sich dagegen um Entschädigungsansprüche, welche nicht hierauf, sondern auf willkürliche, schuldhafte Handlungen eines Unternehmers begründet werden, so liegt ein Deliktsanspruch vor, welcher in die Kompetenz der ordentlichen Gerichte fällt. (Entsch. v. 15. Januar 1892 i. S. Fuchs.)

---

71. *Eisenbahnhaftpflicht. 1) Dauer der Alimentationspflicht des Vaters gegenüber den Kindern. 2) Berechnung der der Ehefrau (Wittwe) des Getödteten gebührenden Entschädigung. 3) Berechnung der Aversalabfindung statt einer Rente.*

1. Hinsichtlich der Dauer der Alimentationspflicht des Vaters gegenüber den Kindern sind das kantonale Recht und die konkreten Verhältnisse massgebend.[1])

2. Da der Ehemann der Frau den Unterhalt nur während der Dauer ihres und seines Lebens zu gewähren hat, so muss bei Berechnung derartiger Entschädigungen jeweilen das Alter des ältern Ehetheils zu Grunde gelegt werden.

3. Eine Aversalentschädigung bleibt der Familie definitiv erworben, ohne Rücksicht auf die thatsächliche Lebensdauer der einzelnen Glieder derselben; den Hinterlassenen, speziell der für ihre ganze Lebensdauer alimentationsberechtigten Ehefrau, war ein Unterhaltsbeitrag von bestimmter Höhe keineswegs dauernd und unbedingt gesichert, sondern es hing dessen Gewährung und Höhe von dem Leben und der fortdauernden Erwerbsfähigkeit des Familienhauptes ab, und es ist nun erfahrungsgemäss nicht anzunehmen, dass dieses während seiner ganzen, nach den Mortalitätstabellen wahrscheinlichen Lebensdauer unvermindert arbeitsfähig geblieben wäre. Endlich liegt in der Regel in einer Kapitalabfindung an sich ein erheblicher Vortheil gegenüber einer Entschädigung in

---

[1]) S. Revue VIII Nr. 88.

Rentenform, da der Besitz eines Kapitals regelmässig die Begründung einer festen Lebensstellung erleichtert. Alle diese Momente lassen es als gerecht erscheinen, dass als Aversalentschädigung nicht das volle nach den Grundsätzen der Rentenanstalten berechnete Rentenkapital zugesprochen, sondern davon ein angemessener Abstrich gemacht wird. Dazu kommt denn noch, dass in den Rentenkapitalien, wie sie aus den Tabellen der Rentenanstalten sich ergeben, auch der Gewinn der Versicherungsanstalt, resp. ein Beitrag an die Verwaltungskosten inbegriffen ist. (Entsch. v. 19. März 1892 i. S. Lüscher c. Centralbahn. Vgl. Revue IX Nr. 38.)

---

72. *Eisenbahnhaftpflicht. 1) Einrede des Selbstverschuldens wegen zeitweisen Nachlassens der Aufmerksamkeit bei einem Bahnangestellten. 2) Berücksichtigung des Kilometergeldes bei Bemessung der Entschädigung.*

H. war von dem Bremshäuschen eines Güterwagens heruntergefallen und verunglückt. Entgegen der Behauptung der Beklagten, dass ein Herunterfallen von solchen Bremshäuschen ohne schuldhafte Unachtsamkeit nicht möglich sei, wurde die Klage des H. gutgeheissen. Gründe:

1. Die Vorinstanz stellt fest, dass allerdings bei fortwährend gespannter Aufmerksamkeit ein Ausglitschen kaum stattfinden werde, dass aber ein momentanes Nachlassen dieser gespannten Aufmerksamkeit solches leicht möglich machen könne. Derselben ist darin beizutreten, dass blosses momentanes Nachlassen in andauernd gespannter Achtsamkeit dem Betreffenden unmöglich sofort zum Verschulden angerechnet werden könne. Es liegt in der menschlichen Natur, dass bei andauernder, zumal gleichförmiger und gewohnter Beschäftigung ein Arbeiter nicht stetsfort, ohne Unterbrechung, gespannte Aufmerksamkeit aufwenden kann; vielmehr tritt während andauernder gleichmässiger Thätigkeit bei Jedermann, auch bei sorgsamen Arbeitern, unvermeidlich ein zeitweiliges Nachlassen der Aufmerksamkeit ein, welches aber eben seiner, in psychologischen Gesetzen begründeten Unvermeidlichkeit wegen nicht zum Verschulden angerechnet werden kann. Ein Verschulden des Klägers ist also nicht dargethan, denn etwas weiteres, als dass der Kläger ohne zeitweiliges Nachlassen gespannter Achtsamkeit nicht wohl von seinem Bremssitze heruntergestürzt sein könne, ist nicht erwiesen.

2. Die Kilometergelder sind allerdings zunächst als Vergütung für die Mehrauslagen zu betrachten, welche den Bahnangestellten infolge der dienstlichen Reisen entstehen; allein sofern sie nun eben derart bemessen sind, dass sie Ersparnisse ermöglichen, erscheinen sie als Gehaltszuschüsse, welche im Verhältnisse der Inanspruchnahme durch dienstliche Fahrten gewährt werden. (Entsch. v. 29. April 1892 i. S. Herger c. Gotthardbahn.)

---

73. *Eisenbahnhaftpflicht. Unfall bei Ueberschreiten der Bahngeleise durch einen Bahnangestellten; inwiefern ist derselbe als selbstverschuldet zu betrachten?*

Von Bahnbediensteten kann nicht das gleiche Verhalten gegenüber den Gefahren des Eisenbahnbetriebes verlangt werden, wie von dritten, dem Eisenbahndienste fremden Personen. Die Bahnbediensteten kommen tagtäglich mit dem Eisenbahnbetriebe und dessen Gefahren in Berührung, ihr Beruf stellt Anforderungen, welche mit der Beobachtung ängstlicher Vorsicht unvereinbar sind, und die tägliche Gewöhnung stumpft sie gegen die Gefahr ab. Es ist daher Eisenbahnbediensteten nicht zuzumuthen, dass sie, bei ihrer Diensterfüllung auf den Schienengeleisen, stetsfort mit gespannter Aufmerksamkeit auf ihre Sicherung gegen Betriebsgefahren bedacht seien. Die menschliche Natur lässt, nach psychologischen Gesetzen, eine solche fortgesetzte Anspannung der Aufmerksamkeit bei täglichem Umgange mit der Gefahr nicht zu. Wenn daher ein Eisenbahnbediensteter während der Erfüllung dienstlicher Verrichtungen auf dem Schienengeleise eine ihm drohende Gefahr übersieht, welche er bei Aufwendung ängstlicher Vorsicht entdecken konnte, so kann darin nicht ohne weiters ein Verschulden gefunden werden. Im vorliegenden Falle war nun L. dienstlich berechtigt und veranlasst, die Schienengeleise zu überschreiten. Eine gewisse, durch irrthümliche Auffassung oder augenblickliche Vergesslichkeit bedingte Uebereilung erscheint nicht als eine schuldhafte, sondern als eine zufällige, wie sie auch sorgsamen Bahnbediensteten, wenn deren Aufmerksamkeit durch ihre Dienstpflicht absorbirt wird, bei der tagtäglichen Beschäftigung auf den Schienengeleisen hie und da unvermeidlich vorzukommen pflegt. (Entsch. v. 18. März 1892 i. S. Leu c. Centralbahn.)

---

74. *Art. 7 B.-Ges. betr. Haftpflicht aus Fabrikbetrieb v. 25. Juni 1881. Unstatthaftigkeit der Pfändung zur Deckung von Entschädigungsforderungen gepfändeter Guthaben der Entschädigungspflichtigen.*

Da nach Art. 7 leg. cit. Entschädigungsforderungen aus Fabrikhaftpflicht von der Pfändung ausgenommen sind, so können auch nicht Guthaben der Entschädigungsverpflichteten, welche zur Deckung solcher Entschädigungsforderungen gepfändet und dem Berechtigten hierauf an Zahlungsstatt überwiesen worden sind, zu Gunsten von Gläubigern des Entschädigungsberechtigten weiter gepfändet werden. Gegen Zuwiderhandlungen ist Beschwerde beim B.-Gerichte nach Art. 59 Organis.-Ges. zulässig. (Entsch. v. 26. März 1892 i. S. Grivel.)

---

75. *B.-Gesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht, Art. 1 lit. d und Art. 2. 1) Begriff des Eisenbahnbauunternehmers; 2) Voraussetzungen der Haftpflicht; 3) Begriff des Betriebs und Betriebsunfalls; Beweis des Selbstverschuldens.*

1. Haftpflichtiger Eisenbahnbauunternehmer gemäss Art. 1 litt. d. und Art. 2 des erweiterten Haftpflichtgesetzes ist, wer den Bau einer Eisenbahnlinie auf eigene Rechnung und Gefahr übernommen hat.

2. Entscheidend für die Haftpflicht des Betriebsunternehmers ist, ob der Unfall durch den Betrieb seines haftpflichtigen Unternehmens herbeigeführt wurde. Ist dies zu bejahen, so besteht die Haftpflicht desselben auch dann, wenn der Unfall ausserhalb der Arbeitszeit des verletzten Arbeiters erfolgte, sofern nur der letztere infolge seiner Stellung als Arbeiter in befugter Weise in Berührung mit dem Unternehmen geblieben ist.

3. Der Begriff des Betriebes und Betriebsunfalls ist, wie das Bundesgericht in einer frühern Entscheidung[1]) ausgeführt hat, nicht im engern, sondern im weitern Sinne aufzufassen, wonach zum Betriebe auch konnexe Hülfsarbeiten gehören. Dazu gehören auch Arbeiterzüge, welche die Bauunternehmung von und nach den Arbeitsplätzen, im Interesse des Baubetriebs, selbst organisirt und durch einen ihrer Bauaufseher, der dazu dienstlich beordert war, geleitet hat, zumal wenn die Beförderung vermittelst dieser Züge zu den Leistungen gehört, welche der Arbeitgeber den Arbeitern hatte ver-

---

[1]) S. oben Nr. 38.

sprechen müssen, also einen Theil der den Arbeitern zu leistenden Vergütung bildete, und ferner die Rollwagenfahrten auch dem Materialtransporte dienten. Solche Fahrten bilden einen Bestandtheil der für den Eisenbahnbau vom Unternehmer aufgewendeten wirthschaftlichen Thätigkeit.

4. Der Beweis des Haftbefreiungsgrundes des Selbstverschuldens liegt allerdings dem Betriebsunternehmer ob; allein er kann sich für diesen Beweis auch auf die eigenen Behauptungen des Klägers berufen. Bringt der Kläger selbst solche Thatsachen vor, aus welchen sein Verschulden sich ergibt, so kann dem Beklagten nicht zugemuthet werden, seinerseits einen weitern Beweis zu führen. (Entsch. vom 5. März 1892 i. S. Hasler c. Gribi.)

---

76. *B.-Gesetz betr. die Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887. Haftpflicht des schweizerischen Fabrikanten für Unfälle, welche einem vorübergehend im Auslande beschäftigten Arbeiter dort zustossen.*

Wenn ein dem Fabrikhaftpflichtgesetz resp. dem Ausdehnungsgesetz unterstellter Betriebsunternehmer von seiner schweizerischen Betriebsstätte aus vorübergehend Arbeiter im Ausland beschäftigt, z. B. zum Montiren einer dorthin gelieferten Maschine, so haftet er nach Massgabe der genannten Gesetze für die dem Arbeiter bei dieser Arbeit im Auslande zugestossenen Unfälle. (Entsch. v. 4. März 1892 i. S. Disdier c. Schneider.)

---

77. *Art. 59 B.-V. Bezieht sich diese Verfassungsbestimmung nur auf privatrechtliche Ansprüche?*

Art. 59 Abs. 1 B.-V. bezieht sich nur auf privatrechtliche Ansprüche, dagegen weder auf strafrechtliche Bussandrohungen, noch überhaupt auf öffentlichrechtliche, speziell verwaltungsrechtliche Ansprüche. Ansprüche letzterer Art (Steuerforderungen) unterliegen der Entscheidung der Behörden desjenigen Kantons, dessen Gesetzgebung sie entspringen.[1] (Entsch. v. 1. April 1892 i. S. C. Mayer.)

---

78. *Art. 59 B.-V. Arrestverbot. Anwendbarkeit dieser Verfassungsbestimmung bei Zug um Zug zu erfüllenden zweiseitigen Verträgen gegenüber polizeilichen Arrestverfügungen.*

Wenn, wie dies bei zweiseitigen Verträgen die Regel

---

[1]) S. Revue III Nr. 81 u. A. S. d. b.-g. Entsch. XVII Nr. 55.

bildet (Art. 95 O. R.), Zug um Zug zu erfüllen ist, so ist allerdings kein Vertragstheil verpflichtet, anders als gegen Empfang der Gegenleistung zu erfüllen; er kann also seine Leistung zurückhalten, so lange ihm die Gegenleistung nicht anerboten wird. Allein sein Anspruch ist nichtsdestoweniger ein rein persönlicher, nicht ein auf ein dingliches Recht begründeter oder dinglich gesicherter. Er muss daher denselben, sofern der Schuldner in der Schweiz wohnt und aufrechtstehend ist, gemäss Art. 59 Abs. 1 B.-V. am Wohnorte des Schuldners geltend machen. Das Arrestverbot des Art. 59 Abs. 1 B.-V. kann nicht dadurch umgangen werden, dass statt des richterlichen Schutzes die Intervention der Polizei angerufen wird. Die Beschlagnahme von Vermögensstücken aufrechtstehender, in der Schweiz wohnender Schuldner zum Zwecke der Sicherung privatrechtlicher Forderungen ausserhalb ihres Wohnortskantons ist vielmehr stets unzulässig, mag nun dieselbe vom Richter oder von der Polizeibehörde angeordnet werden. Im einen wie im andern Falle wird die Gewährleistung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. verletzt. (Entsch. v. 4. März 1892 i. S. Weil.)

---

79. *Art. 59 B.-V. Arrestverbot. Unterschied zwischen Arrest und vorsorglicher Verfügung zur Sicherung des Streitgegenstandes. Inwiefern ist auch bei persönlichen Ansprüchen der Richter des Orts der belegenen Sache zum Erlass einer provisorischen Verfügung befugt?*

Der Arrest bezweckt die Sicherstellung einer gefährdeten Forderung durch Beschlagnahme von Vermögensstücken des Schuldners; seine Zulässigkeit ist durch das Vorhandensein der gesetzlichen Arrestgründe bedingt und er ist, soweit zur Sicherstellung des Gläubigers erforderlich, auf alle erreichbaren Vermögensstücke des Schuldners auszudehnen; er soll einen zu Deckung des Gläubigers ausreichenden Vermögenswerth erhalten. Verfügungen, welche dagegen die Erhaltung eines individuell bestimmten Leistungs- (Streit-) Gegenstandes bis zum Austrage des Streites bezwecken, fallen nicht unter den Begriff des Arrestes. Art. 59 Abs. 1 B.-V. wollte nicht verbieten, dass vorsorgliche Verfügungen zu Erhaltung des Streitgegenstandes vom Richter des Ortes der gelegenen Sache getroffen werden. Könnten solche Verfügungen nur vom Richter des Wohnortskantons des Schuldners getroffen werden, so läge die Gefahr nahe, dass deren Ausführung, auch aufrechtstehenden Schuldnern gegenüber, oft

zu spät käme. Dass solche Verfügungen nicht unter den Begriff des Arrestes fallen, ergiebt sich auch daraus, dass seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs der Arrest durch die Bestimmungen des achten Titels dieses Gesetzes geregelt ist und gewiss keinem Zweifel unterliegen kann, dass diese Bestimmungen auf Verfügungen zu Erhaltung des Streitgegenstandes keine Anwendung finden, vielmehr hinsichtlich dieser Verfügungen das frühere (eidgenössische und kantonale) Prozessrecht in Kraft geblieben ist. Dagegen dürfen freilich solche vorsorgliche Verfügungen nicht zu Umgehung der Gewährleistung des Art. 59 Abs. 1 B.-V. missbraucht werden. Sie können daher, wenn vor dem Streitbeginn erlassen, nur dann auf Bestand Anspruch machen, wenn der Prozess binnen angemessener Frist bei dem verfassungsmässig zuständigen Richter des Wohnortes des Schuldners anhängig gemacht wird, so dass wirklich bloss eine vorsorgliche Verfügung zu Erhaltung des Streitgegenstandes bis zum Austrage eines vor dem kompetenten Richter geführten Rechtsstreites vorliegt. Nach Anhängigmachung des Prozesses hat alsdann der in der Hauptsache zuständige Richter darüber zu entscheiden, ob die vorsorgliche Verfügung aufrechtzuhalten sei oder nicht. Unter diesen Kautelen kann von einer Verletzung der Gewährleistung des Gerichtsstandes des Wohnortes durch eine vorsorgliche Verfügung hinsichtlich des Streitgegenstandes nicht die Rede sein. (Entsch. vom 19. März 1892 i. S. Bosshardt.)

---

80. *Art. 59 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege. Zulässigkeit des staatsrechtlichen Rekurses wegen Verletzung von Staatsverträgen einzelner Kantone mit auswärtigen Staaten betr. Vollziehung von Civilurtheilen. Sind solche von deutschen Staaten abgeschlossene Verträge durch die deutsche Civilprocessordnung aufgehoben worden?*

Art. 59 litt. b O. G. lässt den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht wegen Verletzung aller Staatsverträge mit dem Auslande zu, ohne zwischen Staatsverträgen der Eidgenossenschaft und Verträgen einzelner Kantone zu unterscheiden. Die Uebereinkunft vom 21. Mai 1867 zwischen dem Kanton Aargau und dem Grossherzgth. Baden betr. die gegenseitige Vollstreckbarkeit von Urtheilen u. s. w. in bürgerlichen Rechtssachen besteht auch noch in Kraft, da sie weder endgültig gekündigt, noch etwa durch das Inkraft-

treten einer einheitlichen Civilprozessordnung für das deutsche Reich dahingefallen ist. Es ist vielmehr in Deutschland allgemein anerkannt, dass derartige Verträge, welche von einzelnen deutschen Bundesstaaten mit ausländischen Staaten über Verbürgung gegenseitiger Urtheilsvollstreckung abgeschlossen wurden, auch nach Inkrafttreten der deutschen R. C. P. O. in Gültigkeit geblieben sind; vrgl. z. B. Seuffert, Kommentar zur deutschen R. C. P. O. ad § 660. (Entsch. v. 30. Januar 1892 i. S. Schmid.)

---

81. *Art. 8 B.-Ges. betr. den Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht und den Erwerb desselben vom 3. Juli 1876. Verzicht des Vaters auf das Schweizerbürgerrecht für seine minderjährigen in der Schweiz verbliebenen Kinder.*

Leben die Kinder nicht mit dem Vater zusammen in gemeinsamem Haushalte, so ist der Vater nicht berechtigt, für seine minderjährigen Kinder auf das Schweizerbürgerrecht zu verzichten. (Entsch. v. 16. Januar 1892 i. S. Brunner.)

B. Entscheide cantonaler Gerichte.

---

82. *Haftpflicht aus unerlaubter Handlung in Concurrenz mit Haftpflicht aus Gewerbebetrieb. Art. 50 und 62 O. R. und B.-Ges. betr. Ausdehnung der Haftpflicht v. 26. April 1887.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 26. Januar 1892 i. S. Huber c. Walser.

Bei Erstellung eines Giessereigebäudes war die Erbauung eines Kamins an Walser & Cie., die von Hochsheds an Baumeister Germann übergeben. Ein bei letzterer Baute thätiger Arbeiter des Germann, Namens Huber, wurde durch einen Stein, den der am Kamin beschäftigte Arbeiter von Walser & Cie. herabfallen liess, so schwer getroffen, dass er nach einigen Tagen starb. Seine Kinder wandten sich zunächst an Germann als den Arbeitgeber ihres verunglückten Vaters, und G. erkannte principiell seine Haftpflicht bis auf Fr. 6000 an, „wenn und soweit dieser Betrag nicht durch dritte Personen ex delicto den Klägern zu ersetzen sei“, in der Meinung, dass zunächst Walser & Cie. nach Art. 50 und 62 O. R. haftbar seien, da theils sie durch Unterlassung der Er-

stellung der nöthigen Schutzvorrichtungen, theils ihre Arbeiter durch unvorsichtiges Handeln den Unfall verschuldet haben. Die Kinder des H. klagten demgemäss gegen Walser & Cie. eine Schadenersatzforderung von 10,000 Fr. ein.

Die erste Instanz wies die Klage ab mit der Begründung, dass der Schaden zunächst gegen den Bauunternehmer, der in concreto dem Haftpflichtgesetz unterliege, einzuklagen sei, da dieses Gesetz eine principielle Haftpflicht (auch ohne Verschulden des Haftpflichtigen) begründe und als Specialgesetz dem allgemeinen vorgehe; gegen W. & Cie. hätten Kläger eine selbständige Klage nur insoweit als der wirkliche Schaden das durch das Specialgesetz fixirte Maximum der Entschädigungssumme übersteige. Die 2. Instanz hob dieses Urtheil auf und wies die erste Instanz an, auf das Materielle einzutreten.

Motive: Rechtlich unterliegt keinem Zweifel, dass Kläger berechtigt gewesen sind, den Baumeister Germann als Arbeitgeber ihres Vaters für die Folgen des Unfalls verantwortlich zu machen und zwar auf Grund der Bundesgesetze über Haftpflicht, ... neben denen die allgemeinen Bestimmungen des O. R. nicht zur Anwendung kommen. Es steht ihnen aber auch das Recht zu, auf Grund von Art. 50 und 62 O. R. sei es den Arbeiter der Beklagten, der sich das Versehen hat zu Schulden kommen lassen, sei es die Beklagten selbst zu belangen. Die Haftpflichtgesetze stehen solchem Vorgehen nicht im Wege, denn sie gelten nur für Fälle, wo Arbeiter oder deren Hinterlassene die Arbeitgeber auf Ersatz des Schadens belangen wollen, der aus einem durch den Betrieb einer Fabrik oder eines industriellen Gewerbes herbeigeführten Unfalle entstanden ist, und nirgends ist bestimmt und ebensowenig liegt es in der Natur der Sache, dass wo neben dieser Haftpflicht eine Haft dritter Personen gemäss O. R. betr. Forderungen aus unerlaubten Handlungen in Betracht fallen kann, die letztere entweder gar nicht oder erst nach Durchführung einer Ersatzklage gegen den Arbeitgeber geltend gemacht werden könne. In solchen Fällen kann eine Belangung der dritten haftpflichtigen Person für den Verunglückten oder dessen Hinterlassene umsomehr als angezeigt erscheinen, als ihnen das O. R. Vortheile zusichert, welche die Haftpflichtgesetze nicht kennen, wie besonders das unbeschränkte Mass der Entschädigung, ferner die Möglichkeit, dass im Falle einer Tödtung nicht nur die nächsten Anverwandten (Art. 6 Haftpflichtges.), sondern alle diejenigen, welche durch die Tödtung ihren Versorger verloren haben

(Art. 52 O. R.), Ersatzansprüche erheben, endlich der in Art. 54 O. R. für gewisse Fälle vorgesehene Anspruch auf Zusprechung einer angemessenen Geldsumme ausser dem Ersatz erweislichen Schadens.

Dass die Kläger in Folge davon, dass sie anfänglich ihre Entschädigungsansprüche auf Grund des Haftpflichtgesetzes gegen G. gerichtet haben, durch Obsiegen im vorliegenden Processe den erlittenen Schaden doppelt ersetzt erhalten werden, ist nicht ohne Weiteres anzunehmen; insbesondere fällt in Betracht, dass G. jene Ansprüche nur unter der Voraussetzung und insoweit anerkannt hat, als der geforderte Betrag nicht vom Dritten ex delicto zu bezahlen sei, ferner die Kläger im vorliegenden Processe ihren Schaden in höherem Betrage beziffern und einklagen, als die Maximalentschädigung nach Haftpflichtgesetz beträgt.

(Schweizer Blätter für hr. Entsch. XI. 64 f.)

---

83. *Schadenersatzpflicht des Eigenthümers eines Werkes. Ausschluss bei höherer Gewalt. Deren Umfang. Art. 67 O. R.*

Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 30. Oktober 1891.

Im Winter 1890/91 drang dem Kläger Wasser in seinen Keller; er war der Ansicht, dasselbe rühre aus einer an seinem Hause vorbeiführenden unterirdischen Cementröhrenleitung her, welche das Abwasser eines öffentlichen Brunnens in den Dorfbach ableitet, und beklagte daher die Gemeinde auf Schadenersatz und dichte Herstellung der Röhrenleitung. Eine in Sachen eingeholte Expertise konstatierte, dass das Wasser wirklich aus der Leitung herrühre. Diese Leitung sei ursprünglich so erstellt worden, dass sie aller gewöhnlichen Voraussicht nach gegen Einwirkungen von aussen, auch gegen die Unbill eines normalen oder auch harten Winters geschützt gewesen sei. Die Kälte des Winters 1890/91 sei aber eine ganz abnorme gewesen. Sie habe ein Gefrieren des Bodens bis auf 1 Meter Tiefe und darüber verursacht und an Bauwerken aller Art mannigfachen Schaden angerichtet. Sie habe auch in Folge Gefrierens des Wassers die Wasserleitung gesprengt und den eingeklagten Schaden angerichtet. Eine so weitgehende Wirkung der Kälte sei nach bisheriger Erfahrung nicht bekannt und ein Schutz gegen dieselbe somit einem Bauunternehmer nicht zuzumuthen gewesen; sie sei wirklich als höhere Gewalt aufzufassen.

Demgemäss wies das Obergericht die Schadenersatzklage

ab, hielt aber die Beklagte zur dauernden Instandstellung der Leitung auf ihre Kosten an.

Motive: Nach Art. 67 O. R. hat der Eigenthümer eines Werkes für den Schaden Ersatz zu leisten, den dasselbe in Folge mangelhafter Unterhaltung oder fehlerhafter Anlage oder Herstellung verursacht, und nach der Praxis des Obergerichtes wird dieser Artikel so gehandhabt, dass von vorneherein die mangelhafte Anlage oder Unterhaltung des schädigenden Werkes präsumiert wird, wenn nicht der Eigenthümer desselben als Ursache des Schadens einen anderweitigen Umstand, Verschulden eines Dritten oder höhere Gewalt nachweist. Im vorliegenden Fall hat nun eben die Beklagte höhere Gewalt eingewendet und die Expertise diese Behauptung bestätigt. In der That trägt ein Ereigniss, das man nach aller bisherigen Erfahrung nicht voraussehen kann, eben den Charakter des Aussergewöhnlichen an sich, ist höhere Gewalt, ganz gleichgültig ob es sich in Gestalt einer einmaligen Katastrophe, Erdbeben, Sturmwind, Feuersbrunst u. dgl. oder nur als aussergewöhnliche Steigerung einer an sich gewöhnlichen Erscheinung, wie der Winterkälte, darstellt.

---

84. *Bereicherungsklage wegen nicht verwirklichten Grundes. Art. 71 O. R.*

Bern. Urtheil des App.- und Cass.-Hofes v. 16. Mai 1891 i. S. Belp c. Sparcasse Seftigen.

Die im Jahre 1869 gegründete Aktiengesellschaft „Spar- und Leihcasse des Amtsbezirks Seftigen" sah sich 1883 genöthigt, ihre Zahlungen einzustellen und die Einleger um einen Nachlass zu bitten. Dessenungeachtet suchte die Verwaltung die Anstalt aufrecht zu erhalten, und schrieb zu diesem Zwecke eine Vermehrung des Aktienkapitals aus, unter ausdrücklicher Zusicherung, dass die auf diesem Wege zu beschaffenden Gelder „zur Hebung und Fortsetzung der Anstalt" dienen sollten. Die Sanirung erwies sich aber als undurchführbar, und nun weigerte sich die Verwaltung, den Subscribenten die einbezahlten Aktienbeträge II. Emission zurück zu erstatten. Sie wurde aber dazu verurtheilt.

Motive: Der Ausgabe von Aktien II. Emission lag die Absicht zu Grunde, der in eine missliche Finanzlage gerathenen Spar- und Leihkasse des Amtsbezirks Seftigen die Fortsetzung des Geschäftsbetriebes zu ermöglichen und die Liquidation der Anstalt zu vermeiden, und in der auf den Zeichnungslisten enthaltenen Begründung wird denn auch

„die Hebung und Fortsetzung der Anstalt, welche durch unvermeidliche Verluste in eine gefährdete Stellung gekommen", als Zweck der von der Hauptversammlung vom 19. August 1883 beschlossenen Vermehrung des Aktienkapitals angegeben. Es liegt auf der Hand, dass die Zeichner von Aktien II. Emission ihre Betheiligung an dem Unternehmen an die stillschweigende Bedingung geknüpft wissen wollten, dass der durch die Aktienzeichnung erstrebte Zweck erreicht werde (vgl. auch Art. 617, Al. 1, O. R.). Da nun der Versuch einer Rekonstruktion der Kasse durch Erhöhung des Aktienkapitals gescheitert ist und die Liquidation sich als unvermeidlich herausgestellt hat, so ist die klägerische Gemeinde berechtigt, den Betrag ihrer Einzahlung auf Aktien II. Emission — auf welche Summe die einzelnen Aktien lauteten, wird nicht angegeben — mit der condictio ob causam datorum (oder causa data causa non secuta) gemäss Art. 71 O. R. zurückzufordern.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXVIII. S. 103.)

---

85. *Bail consenti par l'usufruitier. Résiliation par le propriétaire. Inapplicabilité du Code des Obligations. Art. 309, 310, 881 C. O.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 5. avril 1892 d. l. c. Fleurdelys c. Wüst.

Par convention du 8 février 1889, Louise veuve de Pierre Fleurdelys, usufruitière de divers immeubles de son mari, et dont ses enfants étaient nu-propriétaires, les a loués à R. Wüst pour le terme de neuf ans à partir du 25 mars 1889. Elle est décédée le 28 décembre 1890, et les enfants propriétaires ont dénoncé à W. la résiliation de son bail pour le 11 novembre 1891, en invoquant l'art. 383 C. c. d'après lequel le propriétaire peut, à l'expiration de l'usufruit, résilier le bail conclu par l'usufruitier. Wüst s'oppose à la résiliation, estimant être au bénéfice d'un bail conclu pour neuf ans. Il prétend qu'il n'existe en la cause aucun des motifs de résiliation prévus par le Code des Obligations, et invoque à ce sujet les art. 310, 314 ss. C. O., Code qui ne réserve nulle part aux cantons la faculté d'adopter des dispositions spéciales sur le bail. — Les deux instances ont admis les conclusions des demandeurs. Voici les motifs du Tribunal cantonal:

Considérant que la convention de bail intervenue le 8 février 1889 mentionne expressément que veuve F. loue à W. la propriété dont elle a l'usufruit;

Qu'ainsi W. savait qu'il avait traité avec une personne dont les droits, sur les immeubles loués, étaient restreints.

Considérant que l'art. 383 C. c. dispose que le propriétaire peut, à l'expiration de l'usufruit, résilier le bail en donnant le congé prévu à l'art. 1231 remplacé par l'art. 309 C. O.

Considérant que W. soutient que le dit art. 383 n'est pas applicable à l'espèce, puisque le contrat de bail est régi par le droit fédéral et qu'aux termes des art. 881 ss. de ce Code, les dispositions contraires des législations cantonales, concernant entre autres le bail, sont abrogées.

Que W. dit, dès lors, qu'il est au bénéfice des art. 310 et 309 C. O. et qu'il ne peut lui être donné congé, en présence d'un bail d'une durée de neuf ans, que moyennant un dédommagement complet.

Considérant que le C. O. ne s'occupe nulle part de l'usufruit et qu'il laisse cette matière dans la compétence cantonale.

Que cela résulte notamment de l'art. 314, qui ne traite que le cas ordinaire où le bailleur est propriétaire de la chose remise à ferme et nullement le cas où il ne serait que simple usufruitier.

Considérant, dès lors, que l'on ne saurait prétendre que l'art. 383 vaudois se trouve en opposition avec des dispositions de lois fédérales.

(Journal des tribunaux, 1892 Nr. 21.)

---

86. *Raison de commerce. Inapplicabilité des règles relatives à des enseignes. Concurrence déloyale. Art. 50, 867 s., 876 C. O.*[1])

Genève. Jugement du Tribunal de 1ère instance (Chambre commerciale) du 28 janvier 1892 et de la Cour de Justice du 23 avril 1892 d. l. c. Christin c. Odier et Moilliet.

Christin exploite depuis plusieurs années, à Genève, rue de la Croix-d'Or, 24, un magasin, soit bazar, sous le titre et l'enseigne de: „A la Ménagère". Par inscription mise au Registre du Commerce, le 25 mars 1891, Odier et Moilliet, négociants à Genève, rue de la Tour-de-l'Ile, 1, ont modifié leur précédente inscription en y ajoutant comme sous-titre et enseigne les mots: A la Ménagère. Christin, se basant sur le fait qu'il possède et exploite depuis longtemps le même titre et sur le fait qu'il vend des produits absolument similaires à ceux vendus par O. et M., prétend leur interdire de

---

[1]) Vgl. oben Nr. 30 und 60.

faire usage de la susdite dénomination et demande une indemnité de Fr. 300. Le Tribunal l'a débouté de ses conclusions.

Motifs: Attendu que l'art. 867 C. O. édicte que celui qui est seul à la tête d'une maison ne peut prendre pour raison de commerce que son nom de famille avec ou sans prénoms; qu'il lui est toutefois loisible d'y adjoindre d'autres indications de nature à désigner d'une façon plus précise sa personne et le genre de ses affaires;

Attendu qu'il ressort des explications fournies par le Conseil fédéral (Feuille féd. du 5 juin 1889, p. 510)[1] qu'un enseigne ne constitue nullement la raison de commerce;

Attendu qu'il résulte de ces considérations que les sieurs O. et M., qui ont fait mettre la dite enseigne dans leur inscription au Registre du Commerce, ne seraient pas en droit d'exiger que Ch. cessât d'employer la même enseigne, en application des art. 868 et 876 C. O. relatifs à l'abus des raisons de commerce;

Attendu dès lors, que de son côté Christin qui, du reste, n'a point fait inscrire au Registre du Commerce la dite enseigne, comme sous-titre de sa maison, ne serait fondé à en demander l'interdiction de l'usage aux défendeurs qu'autant que ces derniers, en la prenant plusieurs années après lui, auraient manifestement eu l'intention de lui faire une concurrence déloyale selon les règles du droit commun;

Attendu que tel ne semble point être le cas en l'espèce;

Que les sieurs O. et M. sont, en effet, les successeurs d'une maison fondée à Genève en 1810, et dont le genre de commerce, beaucoup plus étendu que celui du demandeur, ne comprend pas exclusivement les objets de ménage vendus par celui-ci;

Que l'on ne saurait voir, dans l'adjonction à leur raison de commerce du sous-titre de: A la Ménagère, l'intention déloyale d'attirer à eux la clientèle de sieur Ch., ni de créer à leur profit une confusion préjudiciable;

Que le demandeur, continuant ainsi qu'il en a le droit, pour les motifs sus-visés, à se servir du titre de: A la Ménagère, aurait autant de chance de profiter de cette confusion si elle devait exister, ce qui semble peu probable en face des différences caractéristiques de noms des deux raisons sociales et du genre de commerce général exploité par chacune des deux maisons.

---

[1]) Bericht des eidg. Justizdepartements über die Geschäftsführung im Jahre 1888. B. B. Deutsche Ausg. II S. 738.

La Cour de Justice civile a réformé ce jugement et a prononcé la défense à O. et M. de faire usage à l'avenir de la désignation de „A la Ménagère". L'arrêt de la Cour, tout en approuvant les motifs de la première instance quant à la différence de raison de commerce et d'enseigne, se prononce comme suit sur la question de la concurrence déloyale.

La contestation entre les parties porte, en réalité, sur le droit exclusif à l'usage de l'enseigne „A la Ménagère". Il est constant que Chr. s'en est servi pour désigner son commerce avant qu' O. et M. aient commencé à faire de même, et il n'est pas douteux que cette antériorité dans l'usage n'ait eu pour conséquence de créer, en faveur de Chr., des droits auxquels il n'est pas permis à un autre de porter atteinte, sans s'exposer à une demande de réparation basée sur l'art. 50 C. O.

Il n'est point nécessaire, pour que Chr. possède une action contre O. et M., qu'il soit établi que ceux-ci ont agi avec une intention dolosive; il suffit pour cela, qu'ils aient agi sans droit, par négligence ou par imprudence, et d'une manière dommageable; il y aura, dans ce cas, non une concurrence déloyale, mais une concurrence illicite.

En fait O. et M. paraissent avoir agi avec une entière bonne foi et avoir ignoré la circonstance que Chr. s'était déjà approprié la désignation qu'ils ont donnée à leur tour à leur commerce, mais ils n'en ont pas moins commis, sans droit, par imprudence ou négligence, un acte dommageable à Chr.

Il n'est pas possible, en effet, d'admettre que l'usage par O. et M., de l'enseigne „A la Ménagère", ne soit pas de nature à causer, surtout dans l'avenir, un dommage à Chr.; le commerce de Chr. est, il est vrai, beaucoup moins important que celui de ses adversaires et assez éloigné de lui, mais ces circonstances ne sont pas de nature à empêcher toute confusion dommageable à l'appelant. Celui-ci a droit à ce que la clientèle qu'il a réussi à se créer autour de son enseigne ne soit pas amenée, par un usage abusif de cette enseigne, à se servir dans un autre établissement que le sien.

O. et M. ayant, dès l'intentat de l'instance, cessé d'user du nom de „A la Ménagère", et Chr. n'établissant pas que l'usage très court qui a été fait par O. et M. de ce nom lui aît causé un préjudice appréciable, il suffit, pour réparer le préjudice possible, de faire défense à O. et M. de faire usage à l'avenir de cette désignation.

(Semaine judiciaire, 1892 Nr. 11 et 20.)

---

87. *Objets insaisissables. Piano envisagé comme instrument nécessaire à un compositeur de musique pour l'exercice de sa profession. Art. 92 § 3 Loi P. et F.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 5 avril 1892 d. l. c. Sandoz c. Sandoz.

A. J. Sandoz a fait pratiquer un séquestre au préjudice de L. A. Sandoz pour parvenir au paiement de trois mois de pension, soit Fr. 240. Ce séquestre a porté, entre autre, sur un piano palissandre, taxé Fr. 250. L. A. Sandoz allègue qu'il est professeur et compositeur de musique et que le piano est pour lui un instrument nécessaire à l'exercice de sa profession, qu'il est donc insaisissable. Le Président du Tribunal de Lausanne a écarté la plainte de L. A. S. en disant que ce dernier est professeur de musique et enseigne spécialement le violon et que, dès lors, son piano ne doit pas être considéré comme insaisissable. Le Tribunal cantonal a admis le recours contre ce prononcé et levé le séquestre.

Motifs: Considérant qu'il résulte des déclarations versées au dossier par Sandoz que celui-ci est professeur et compositeur de musique et que, comme tel, il a composé . . . . plusieurs morceaux qui ont été exécutés, et prépare un travail de composition de musique en collaboration avec un M. Bavrois à Paris.

Que d'autre part Auguste Mégroz, pianiste et compositeur de musique, à Lausanne, déclare „qu'il est chose impossible de composer sans piano".[1])

(Journal des tribunaux, 1892 Nr. 22.)

---

88. *Pfändung von Lohnguthaben. Art. 93 B.-Ges. über Betr. und Conc.*

Zürich. Entsch. des Obergerichts v. 16. April 1892.

Gegen den Direktor eines Transportunternehmens wurde für bedeutende Privatschulden die Pfändung auf sämmtliche Vermögensstücke vorgenommen, ausser auf seinen Gehalt von 5000 Fr., „da dieser für ihn und seine Familie nothwendig sei". Einem Gesuch des Gläubigers, auch den Gehalt bis auf 3000 Fr. zu pfänden, entsprach das Bezirksgericht insoweit, als es das Betreibungsamt einlud, vom Gehalt Fr. 2000 als gepfändet in die Pfändungsurkunde aufzunehmen, und zwar für so lange, als der Gehalt dem Schuldner zukommen

---

[1]) Das würden Bach und Mozart nicht unterschrieben haben.

werde und die Verhältnisse des Schuldners und seiner Familie unverändert bleiben. Der Betriebene erhob hiegegen Beschwerde und das Obergericht entschied, es sei in die Pfändungsurkunde von dem jährlichen Diensteinkommen des Betriebenen der Betrag von Fr. 2000 per Jahr als für den Betreibenden und die übrigen Gläubiger der betreffenden Gruppe gepfändet aufzunehmen, in der Meinung, dass die Pfändung nicht länger als für ein Jahr vom Pfändungstage an wirksam bleibe und dass der bis zum Tage der Pfändung aufgelaufene Betrag des Einkommens gemäss Art. 131 des B.-G. den Gläubigern entweder an Zahlungsstatt angewiesen oder zur Einziehung überlassen, der darüber hinaus bestehende weitere Anspruch des Schuldners dagegen zur Versteigerung gebracht werden solle.

In den Motiven wird zuerst ausgeführt, dass unter dem „unumgänglich Nothwendigen", das nach Art. 93 unpfändbar ist, nicht das zu einem standesgemässen Lebensunterhalt Erforderliche, sondern nur das zur Deckung der absoluten Bedürfnisse Benöthigte gemeint sein kann, und dass in casu die Summe von 3000 Fr. als genügendes Existenzminimum erscheint.

„2. Ueber die Frage, in welchem Zeitumfange die Pfändung des Diensteinkommens stattzufinden habe, schweigt das B.-G. bedauerlicher Weise gänzlich; . . . dass die Bestimmung, wonach die noch nicht abverdienten und noch nicht verfallenen Löhne unpfändbar sein sollen, nicht in das B.-G. aufgenommen wurde, beruht gewiss auf bewusster Absicht des Gesetzgebers, hatte er doch ohne Zweifel die betreffenden Normen z. B. des Zürch. Schuldbetr.-Ges. v. 1871 § 55 und des Ges. des Norddeutschen Bundes betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes v. 21. Juni 1869 vor Augen, welche sich in der Praxis als ziemlich werthlos herausgestellt haben.

3. Zweifelhafter ist die Frage, auf welche künftige Frist hinaus der Lohn pfändbar sei. . . . . Die allgemeine Ausdrucksweise des Gesetzes lässt zunächst daran denken, dass die Gehaltspfändung an keine weitere zeitliche Schranke gebunden sei (so auch Weber und Brüstlein, Commentar, a. a. O. Anm. 2). Dagegen bieten Art. 116 und 121 des B.-G. wenigstens einen indirekten Anhaltspunkt, um die zeitliche Grenze der Lohnpfändung im allgemeinen zu fixieren. Danach muss die Realisierung der Pfändung beweglicher Sachen spätestens binnen Jahresfrist durch Stellung des Verwerthungsbegehrens verlangt werden, ansonst die Betreibung

erlischt. Diese beiläufig nach Art. 88 auch für die Stellung des Pfändungsbegehrens geltende Jahresfrist wird am richtigsten als Maximaldauer angenommen, für welche der entbehrliche Lohn eines betriebenen Schuldners in die Zukunft hinaus zu Gunsten des treibenden Gläubigers, bezw. der betr. Gläubigergruppe gepfändet werden darf.

4. Was die Frage der Verwerthungsweise angeht, so ist die Ansicht, ob nicht, entsprechend der besonderen Natur des Pfändungsobjektes, nach Anleitung des Art. 132 des B.-G. durch die Aufsichtsbehörde ein besonderes Verfahren vorzuschreiben sei, zu verwerfen, da dieser Artikel offenbar ganz andere Ansprüche im Auge hat. — Müssen aber die gewöhnlichen Vorschriften über die Verwerthung angewendet werden, so ist zu unterscheiden zwischen dem bis zum Tage der Pfändung in Folge Dienstleistung bereits verdienten Lohn, und dem darüber hinaus bestehenden Recht aus dem Dienstvertrag. Der am Tage der Pfändung bestehende Anspruch ist eine reine Geldforderung, welche, da sie keinen Börsenpreis hat, gemäss Art. 131 des B.-G. der Gesammtheit der Gläubiger oder einzelnen derselben an Zahlungsstatt angewiesen oder zur Eintreibung überlassen werden kann, insofern alle pfändenden Gläubiger damit einverstanden sind; ist dieses Einverständniss nicht zu erzielen, so wird die Forderung einfach zur Versteigerung zu bringen sein. — Der weitergehende Anspruch des Schuldners aus dem Dienstvertrage ist dagegen keine Geldforderung, auch nicht einmal eine bedingte Geldforderung, sondern lediglich das Recht auf Erfüllung des Vertrages, aus welchem durch die einseitige Erfüllung seitens des Schuldners allerdings das Recht auf Forderung des Einkommens erwächst. Dass dieses Recht einen Vermögenswerth habe, darf, da das Betreibungsgesetz dessen Pfändung erlaubt, kaum bezweifelt werden. Aber bei der offenbar schwierigen Abschätzung des reellen Werthes eines solchen Anspruches wird auch die Verwerthung desselben auf dem Wege der Versteigerung das einzig Mögliche sein."

(Vollständig in den Schweizer Blättern für handelsrechtl. Entscheidungen XI. 113 f., wo auch die drei gegen diese Entscheidung erhobenen Minderheitsansichten mit ihrer jeweiligen Begründung aufgeführt sind.)

---

89. *Rechtsvorschlag gegen Wechselbetreibung. Zulässigkeit. Art. 182 B.-Ges. über Schuldb. und Conc.*

Baselstadt. Urtheil des Appellationsgerichts vom 21. März 1892 i. S. Société gén. pour le développement de l'industrie c. Gersdorff.

Graf v. Gersdorff erhob gegen die Société générale Wechselbetreibung auf Grund eines von dieser acceptierten Wechsels. Die Betriebene verlangte Bewilligung des Rechtsvorschlags nach Art. 182 Ziffer 1 B.-Ges. über Schuldbetreibung, weil von Gersdorff durch Brief an G. E. Stänglen auf Geltendmachung des Wechsels verzichtet habe, somit der Nachlass der Wechselschuld durch Urkunde bewiesen und der Rechtsvorschlag ohne Depositionspflicht des Acceptanten zu bewilligen sei. Die erste Instanz hat diesem Begehren aus genanntem Grunde entsprochen. Die zweite Instanz dagegen hat den Rechtsvorschlag nur auf Grund von Art. 182 Ziffer 4, also unter der Pflicht der Hinterlegung der Wechselsumme zugelassen.

Motive: Es steht der Annahme eines Verzichtes auf Geltendmachung des Wechsels in erster Linie entgegen, dass das Schreiben vom 19. Februar 1892 an G. E. Stänglen, nicht an die Klägerin (Société gén.) gerichtet und somit die Verpflichtung gegenüber dem erstern, nicht gegenüber der letztern, eingegangen ist. Allerdings wird von der Klägerin behauptet, dass Stänglen hier wie sonst als ihr Generalvertreter gehandelt habe, indessen geht das aus den vorliegenden Akten nicht deutlich hervor, vielmehr ist aus dem Schreiben vom 26. April 1891 ersichtlich, dass die „Firma G. E. Stänglen" auch selbständig und auf eigene Rechnung bei diesen Wechseloperationen betheiligt ist, und so muss zweifelhaft bleiben, ob die vom Beklagten in seinem Schreiben vom 19. Februar 1892 eingegangene Verpflichtung der Klägerin gegenüber übernommen werden wollte. Aber abgesehen davon, und selbst wenn man dies annehmen würde, kann dieser Brief nicht als eine den Erfordernissen der Ziffer 1 des Art. 182 genügende Urkunde betrachtet werden. Der darin ausgesprochene Verzicht auf Geltendmachung des Wechsels ist derart verclausuliert, dass man nicht ohne Weiters sieht, ob er überhaupt rechtswirksam geworden ist. Er ist in erster Linie von einer Gegenleistung abhängig gemacht, diese hinwiederum soll erst erfolgen, wenn eine andere Einzahlung des Beklagten an ein Wienerhaus gemacht ist. Nun sieht man aber nicht, was von allem dem erfüllt worden ist, und es ist daher dermalen noch ungewiss, ob die Voraussetzungen des Verzichts (des Nachlasses der Wechselforderung) überhaupt

realisiert, oder ob sie hinfällig geworden sind, und in letzterem Falle, ob der Beklagte oder die Klägerin der ihnen obliegenden Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Es muss überhaupt festgehalten werden, dass wenn die rasche und strenge Wechselexecution nicht illusorisch werden soll, der unbedingte (von Deposition der Wechselsumme befreiende) Rechtsvorschlag nach Art. 182 Ziff. 1 nur bewilligt werden kann, wenn die Zahlung, der Nachlass oder die Stundung klar und rund und vorbehaltlos durch die Urkunde ausgesprochen ist, sodass diese selbst keinen Zweifel aufkommen lässt, nicht aber dann, wenn die Thatsache des Nachlasses durch eine Combination von Vereinbarungen über verwickelte und weitverzweigte Operationen will bewiesen werden, was bei dem summarischen Verfahren des Wechselprozesses doch nicht gehörig geschehen kann. Ein solcher Fall liegt aber heute vor.

Aus den angeführten Gründen kann nur Rechtsvorschlag gemäss Art. 182 Ziffer 4 bewilligt werden.

---

90. *Procédure en expulsion du locataire. Inapplicabilité de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes. Loi féd. sur la poursuite Art. 297, 38, 319. Art. 287 s. C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de 1ère instance du 19 février 1892 d. l. c. Jourde c. Goncet.

Suivant jugement du Tribunal civil, en date du 5 décembre 1891, dame Jourde a été condamnée à payer à sieur Goncet la somme de Fr. 1500 à titre de provision sur loyers échus; en outre faute de ce payement dans la huitaine du dit jugement, le Tribunal déclarait résiliées les locations existant entre les parties et condamnait dans ce cas dame J. à évacuer immédiatement les locaux qu'elle occupe dans la maison Goncet; le même jugement validait la saisie provisionnelle du 5 août 1891 et la convertissait en saisie exécution définitive; le 21 décembre 1891, il était duement signifié. — Le 21 janvier 1892, le Tribunal de 1ère instance a déclaré prendre en considération une demande de concordat de dame J., en lui accordant un sursis de deux mois. Goncet a voulu, postérieurement au 21 janvier, exécuter le jugement du 5 décembre en tant qu'il ordonne l'évacuation de dame J., n'ayant pas été payé de la somme de Fr. 1500 dans le délai fixé. Dame J. a formé opposition au commendement du 21 décembre 1891 et conclut actuellement à ce qu'il soit

prononcé que l'exécution du jugement sus-visé demeure suspendu pendant la durée du sursis qui lui a été accordé. Le Tribunal a déclaré mal fondée l'opposition de dame J. en tant qu'elle concerne le délaissement des locaux occupés par elle.

Motifs: Attendu qu'aux termes de l'art. 297 de la loi féd. sur la poursuite pour dettes, pendant la durée du sursis, aucune poursuite ne peut être exercée contre le débiteur;

Attendu qu'aux termes de l'art. 38 de la dite, l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent ou des sûretés à fournir, s'opère par la poursuite pour dettes;

Attendu que le mot poursuite, contenu dans l'art. 297, doit s'entendre de la poursuite pour dettes telle qu'elle est envisagée par l'art. 38, qu'ainsi il faut admettre que, pendant la durée du sursis, c'est la poursuite, pour autant qu'elle est relative à une somme d'argent ou à des sûretés à fournir, qui se trouve entravée;

Que tel n'est pas le cas en l'espèce, la poursuite en évacuation ne rentrant ni dans l'une, ni dans l'autre, de ces catégories de poursuites;

Attendu que c'est en vain que l'opposante prétend que la poursuite en évacuation est comprise dans cet article 297, par la raison, dit-elle, que l'art. 319 même loi, indique que les poursuites commencées avant le 1er janvier 1892, sont encore régies par le droit cantonal, pourvu qu'il y ait eu saisie opérée, réalisation de gage requis, séquestre autorisé, faillite prononcée, et que, cet article ne mentionnant pas la poursuite en évacuation, celle-ci doit être régie par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes;

Or, attendu que l'art. 319, d'une portée toute transitoire, n'a eu qu'un but, celui de statuer sur diverses poursuites pour dettes commencées avant 1892, mais qu'il ne s'en suit nullement que toute espèce de poursuite non visée dans cet article, y compris la poursuite en évacuation, relève de la loi fédérale;

Attendu que c'est en vain également que l'opposante allègue que, l'expulsion du locataire étant prévue par les art. 287, 288, 312 C. O. et les art. 23, 282 loi féd. sur la poursuite pour dettes, la poursuite qui en résulte, autrement dit la procédure en expulsion, est du domaine fédéral et que dès lors, toute disposition législative fédérale qui, ainsi que l'art. 297 précité, limite la poursuite en général, ou la suspend, est applicable à l'expulsion;

Attendu que, si les textes sus-visés se préoccupent de l'expulsion, c'est en ce qui a trait au fond du droit quant au

C. O., et en ce qui a trait à la commination d'expulsion et à la décision judiciaire relative à l'expulsion quant à la loi sur la poursuite pour dettes, mais qu'il n'est nulle part mention, dans un texte fédéral, de la procédure à suivre pour mettre à exécution cette procédure judiciaire;

Attendu qu'elle ne pourrait donc être exécutée en vertu de la loi sur la poursuite pour dettes, qu'elle ne pourrait l'être qu'en vertu du droit cantonal; qu'il n'est donc pas exact de dire que la poursuite, même en ce qu'elle est relative à l'exécution de l'expulsion, relève du droit fédéral, et que toute disposition fédérale comprenant le mot de poursuite ainsi que le fait l'art. 297, est applicable à l'expulsion même du locataire;

Attendu que beaucoup d'autres considérations conduisent à l'interprétation qui vient d'être donnée de l'art. 297;

Qu'ainsi, l'art. 288 C. O., en cas de faillite, n'oblige le bailleur à continuer le bail que s'il lui est fourni des sûretés, qu'ainsi il serait surprenant qu'en matière de sursis, alors qu'il ne lui est pas même fourni de sûretés, on puisse obliger le bailleur à continuer un bail, étant donné surtout que le sursis est une faveur bénévolement consentie par des créanciers autre que lui;

Attendu que si le principe de sursis est basé sur cette considération de pure humanité qu'il faut permettre au débiteur de se relever avec le temps, on ne peut dire que l'éventualité possible d'un abandon de ses locaux fera forcément échouer cette tentative;

Qu'en un mot, on ne peut alléguer que tel local soit indispensable à celui qui a obtenu un sursis pour continuer ses affaires pendant le sursis;

Attendu, en revanche, que méconnaître au propriétaire le droit d'expulsion durant le sursis, serait aggraver sa position, l'obliger à continuer un crédit, diminuer son patrimoine en le forçant à conserver un locataire insolvable, alors qu'il pourrait louer ses locaux à autrui, cela sans qu'il soit garanti légalement en retour et alors qu'il n'est nullement certain que son droit de rétention le couvrira du loyer couru et du loyer à courir depuis le sursis;

Que ce serait aussi le forcer à l'obliger à nouveau à augmenter sa créance, tandis que les autres créanciers n'ont pour toute obligation nouvelle que celle d'être paralysés dans le droit de poursuivre, mais ne sont pas tenus à ajouter au crédit qu'ils font;

Attendu qu'aux termes des art. 293 et 305, le bailleur, étant un créancier garanti par gage, n'est consulté, ni pour la prise en considération du sursis, ni pour le vote du concordat; que l'art. 311 stipule que ce concordat homologué ne lui sera pas obligatoire à concurrence de son gage;

Qu'il serait donc singulier que le bailleur, qui n'a pas son mot à dire, et qui ne sera pas lié en définitive par le concordat, soit entravé dans son droit d'expulser, par un sursis consenti par d'autres créanciers qui, eux, sont consultés et seront liés;

. . . .

Attendu qu'il résulte des considérations ci-dessus exposées, que l'art. 297 n'est pas applicable à l'expulsion du locataire, quelle que soit l'époque de la décision prononçant l'expulsion; qu'à plus forte raison, en l'espèce, alors qu'il s'agit d'un jugement de 1891, validant une saisie et prononçant une expulsion, ce jugement doit être exécuté sans entrave.

Attendu enfin, qu'interpréter cet article comme l'entend dame J., cela aurait pour résultat d'obliger un propriétaire à garder un locataire qui, pendant le sursis, pourrait transformer la chose louée, y introduire de mauvaises moeurs, etc., sans qu'aucune force humaine puisse y rien objecter.

La Cour de Justice civile a confirmé ce jugement le 5 mars 1892.

(Semaine judiciaire, 1892 Nr. 11 et 12.)

A. Grundsätzliche Entscheidungen des Bundesgerichts.

---

91. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilstreitigkeiten; Begehren um Berichtigung der Protokolle der kantonalen Gerichte.*

Begehren um Berichtigung oder Ergänzung der Protokolle der kantonalen Instanzen sind nicht vom Bundesgerichte, sondern von den kantonalen Gerichten zu behandeln. (Entsch. v. 1. Juli 1892 i. S. Hauser c. Lutz.)

---

92. *Art. 30 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege; Rechtsmittel der Anrufung des B.-Gerichtes in Civilstreitigkeiten; Unzulässigkeit neuer thatsächlicher Vorbringen und Beweisanerbieten.*[1] *Aenderungen in der Person der Parteien.*

Wie das Bundesgericht schon wiederholt ausgesprochen hat, sind neue thatsächliche Vorbringen und Beweisanerbieten in der bundesgerichtlichen Instanz grundsätzlich schlechthin ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um neu entdeckte Behauptungen oder Beweismittel handelt oder nicht. Dies hindert freilich, der Natur der Sache nach, nicht, dass Aenderungen in der Person der Parteien, welche seit dem kantonalen Urtheile durch Tod, Handlungsunfähigkeit und drgl. eingetreten sind, vom Bundesgerichte berücksichtigt werden. (Entsch. v. 18. Juni 1892 i. S. Beck c. Familie Bucher.)

---

93. *Art. 29 B.-Ges. betr. Organisation der Bundesrechtspflege und Art. 293 ff. B.-Ges. betr. Schuldbetreibung und Concurs. Können Entscheide der kantonalen Nachlassbehörden betr. Genehmigung eines Nachlassvertrages an das Bundesgericht weiter gezogen werden?*[2])

Durch die Entscheidung der Nachlassbehörde über Er-

---

[1]) S. Revue Bd. VIII Nr. 45 S. 85.

[2]) S. Archiv für Schuldbetreibung und Concurs Bd. I S. 24 f.

theilung oder Verweigerung der Genehmigung eines Nachlassvertrages wird nicht ein Civilprozess über Bestand oder Nichtbestand eines streitigen Privatrechtsanspruches oder Privatrechtsverhältnisses beurtheilt, sondern einer zu Abwendung oder Aufhebung des Konkurses angestrebten Abmachung zwischen einem Schuldner und seiner Gläubigerschaft die zu deren Perfection gesetzlich erforderliche behördliche Genehmigung ertheilt oder verweigert. Die sachbezüglichen Entscheidungen erscheinen demnach nicht als richterliche Urtheile in einer streitigen Rechtssache, sondern als Akte der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dass bei Prüfung der Frage, ob die gesetzlichen Voraussetzungen des Nachlassvertrages gegeben seien, Rechtsfragen zu lösen sind, ändert hieran nichts. Das gleiche ist auch bei andern Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, z. B. im Gebiete der Verwaltung des Hypothekarwesens, bei etwa vorbehaltener behördlicher Bestätigung von Verträgen oder Testamenten und drgl. der Fall. Sofern die Nachlassbehörde für Abgabe ihrer Entscheidung sich über den Bestand oder Nichtbestand bestrittener Privatrechte eine vorläufige Ansicht bilden muss, kommt derselben keine Rechtskraft zu, sondern bleibt die Entscheidung des Richters vorbehalten (arg. Art. 305 Abs. 1 des B.-Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs). Es hat denn auch das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs die Bestätigung von Nachlassverträgen nicht den Gerichten zugewiesen, sondern die Bestimmung der Nachlassbehörden und des Instanzenzuges in Nachlasssachen der kantonalen Gesetzgebung überlassen, welche also als Nachlassbehörden auch Administrativstellen bezeichnen kann, ein Umstand, welcher deutlich zeigt, dass das Gesetz die sachbezüglichen Entscheidungen nicht als richterliche Urtheile in streitigen Privatrechtssachen auffasst. (Entsch. v. 25. Juni 1892 i. S. Berner Handelsbank und Genossen.)

---

94. *Art. 15 O. R. 1. Schuldbekenntniss ohne Erwähnung des Verpflichtungsgrundes. Beweislast; muss der Kläger den Schuldgrund nachweisen? 2. Schuldversprechen für Dirnenlohn, Ungültigkeit.*

1. Das Schuldbekenntniss, welches den Schuldgrund nicht erwähnt, ist ein ausreichender Klagegrund. Wendet der Beklagte ein, dass dem Schuldbekenntniss kein Schuldverhältniss oder ein unsittliches oder ein widerrechtliches Versprechen zu Grunde liege, so trifft ihn die Beweislast, und zwar auch

dann, wenn der Kläger in der Klagebegründung den (angeblichen) Schuldgrund bezeichnet hat.

2. Schuldbekenntnisse für Dirnenlohn sind ungültig. (Entscheid v. 25. Mai 1892 i. S. Torche c. Peytrignet.)

---

95. *Art. 50 und 65 O. R. Haft des Thierhalters für Beschädigung durch Thiere.*

Die Schadenersatzpflicht des Thierhalters für Beschädigung durch Thiere aus Art. 65 O. R. untersteht mit Bezug auf Inhalt und Umfang den allgemeinen Grundsätzen der Deliktsobligationen; die Haftpflicht aus Art. 50 ist also nicht etwa eine weitergehende als diejenige aus Art. 65 O. R., während dagegen letztere Gesetzesbestimmung für den Verletzten insofern günstiger ist, als sie ein Verschulden des Thierhalters präsumirt und daher dem Geschädigten nicht den Belastungs-, sondern dem Thierhalter den Entlastungsbeweis auferlegt. (Entsch. v. 3. Juni 1892 i. S. Bättig c. Staub.)

---

96. *Art. 50 und 69 O. R. Schädigung durch falsche Denunziation; Beginn der Verjährung der Schadenersatzklage.*[1]) *Inwiefern sind Verdachtsäusserungen vor dem Untersuchungsrichter schuldhafte Handlungen?*[2])

Bei Schädigungen durch falsche Denuntiation dauert die Schädigung so lange, als das zufolge der Denuntiation eingeleitete Strafverfahren schwebt, der Angeschuldigte also in Strafuntersuchung verbleibt, und beginnt daher die Verjährung erst vom Tage der Aufhebung der Untersuchung an zu laufen. Hat Jemand einfach auf Befragen des Untersuchungsrichters diesem gegenüber seinen Verdacht geäussert, der N. N. möchte den Diebstahl begangen haben, so liegt darin, wenn auch die Unschuld des N. N. sich durch die Untersuchung herausgestellt hat, doch keine widerrechtliche schuldhafte Handlung. Eine solche läge nur dann vor, wenn der Beklagte in böswilliger oder leichtfertiger Weise den Verdacht auf den N. gelenkt hätte. (Entsch. v. 14. Mai 1892 i. S. Schlapp c. Maienberger.)

---

1) S. Revue Bd. VII Nr. 3 S. 5 Ziff. 2.

2) S. Revue Bd. IX Nr. 111 und 29 und die dortigen Citate.

97. *Art. 51, 52 und 54 O. R. Mitverschulden des Getödteten; ist darauf dem Versorgungsberechtigten gegenüber bei Ausmessung der Entschädigung Rücksicht zu nehmen?*

Der Entschädigungsanspruch der Hinterlassenen ist allerdings nicht ein vom Getödteten abgeleiteter, sondern ein eigener Anspruch der Versorgungsberechtigten, welcher im Momente des Todes ihres Versorgers unmittelbar in ihrer Person zufolge der ihnen durch das Delikt zugefügten Schädigung entsteht. Allein nach dem in Art. 51 des O. R. aufgestellten allgemeinen Grundsatze ist doch, auch dem Versorgungsberechtigten gegenüber, darauf Rücksicht zu nehmen, ob das Verschulden des Thäters durch ein Mitverschulden des Getödteten gemindert ist oder nicht. (Entsch. v. 18. Juni 1892 i. S. Beck c. Familie Bucher.)

---

98. *Art. 50, 113 und 348 O. R. Civilklage wegen fahrlässiger Körperverletzung. Unabhängigkeit derselben vom strafrechtlichen Verfahren. Haftpflicht des Arztes wegen durch fehlerhafte Behandlung eines Kranken verursachter Körperverletzung.*

1. Eine Civilklage aus fahrlässiger Körperverletzung ist nicht erst nach vorangegangenem strafrechtlichen oder doch disziplinarischen Verfahren und Urtheil statthaft. Eine derartige kantonale Norm wäre mit dem Bundesrechte unvereinbar. Die Entschädigungsansprüche aus Delikt wie aus Vertragsverletzung sind durch das Bundesrecht erschöpfend geregelt, ihre Geltendmachung kann nicht durch das kantonale Recht von der Verfolgung eines auf den gleichen Thatbestand sich stützenden staatlichen Staatsanspruches als einer weitern Voraussetzung der Entschädigungspflicht abhängig gemacht werden.

2. Zwischen einem Kranken und dem Arzte, welcher auf dessen Ersuchen seine Behandlung gegen Honorar übernommen hat, besteht ein Vertragsverhältniss, das gemäss Art. 348 O. R. nach den Regeln über den Dienstvertrag zu beurtheilen ist. Der Arzt ist somit zu sorgfältiger Behandlung vertraglich verpflichtet und haftet für Verschulden nach Massgabe der Art 110 u. f., speziell des Art. 113 O. R. Mit dieser vertraglichen Haftpflicht konkurrirt übrigens, sofern der Arzt vorsätzlich oder fahrlässig eine Körperverletzung des Kranken herbeigeführt hat, auch die Haftpflicht aus unerlaubter Handlung gemäss Art. 50 u. ff. O. R. Ein Verschulden des Arztes nun liegt dann vor, wenn derselbe entweder die Behandlung vernachlässigt, derselben nicht die

pflichtgemässe Aufmerksamkeit schenkt, oder aber in leichtfertiger Weise gewagte Versuche anstellt, oder endlich Kunstfehler begeht, welche gegen feststehende wissenschaftliche Grundsätze verstossen. Dagegen liegt in einer irrthümlichen Diagnose, einer unrichtigen Auslegung verschiedener Deutung fähiger Symptome, an sich kein Verschulden, selbst wenn vielleicht einem besonders scharfsichtigen oder erfahrenen Fachmanne der wahre Stand der Dinge von vornherein erkennbar gewesen sein sollte; ebenso wenig kann von einem Verschulden dann gesprochen werden, wenn es sich um ärztliche Massnahmen handelt, welche Gegenstand wissenschaftlicher Kontroverse sind. Nur dann wenn gegen wirklich feststehende, allgemein anerkannte und zum Gemeingute gewordene Grundsätze der medizinischen Wissenschaft verstossen wird, kann von einem Verschulden des Arztes die Rede sein. Bei sonstigen ärztlichen Fehlgriffen handelt es sich um Irrthümer, welche bei der Ausübung eines so vielgestaltigen und verschiedenartigen Auffassungen Raum bietenden Berufes, wie der ärztliche es ist, unvermeidlich sind und daher dem Arzte nicht zum Verschulden können angerechnet werden. (Entsch. v. 10. Juni 1892 i. S. Hochstrasser c. Dormann.)

---

99. *Art. 246 und 248 O. R. Gewährleistung wegen Mängel der Kaufsache; Folgen verspäteter Mängelrüge des Käufers. Unverbindlichkeit des vom Verkäufer einseitig aufgestellten Facturavermerks. Art und Zeit der Vornahme der Prüfung der Waare.*

Ist die Rüge von Mängeln, welche bei übungsgemässer Untersuchung erkennbar waren, verspätet, so gilt die Waare gemäss Art. 246 O. R. als genehmigt. Die Ansicht, Verspätung der Mängelrüge hätte gemäss Art. 248 Abs. 2 O. R. nur zur Folge, dass den Käufer die Beweislast dafür treffe, dass die behaupteten Mängel schon zur Zeit der Empfangnahme vorhanden gewesen seien, ist unbegründet. Art. 248 cit. regelt nicht die Folgen der Verspätung der Mängelrüge. Diese sind vielmehr in Art. 246 normirt; Art. 248 dagegen handelt von den besondern Pflichten, welche dem die Waare beanstandenden Käufer beim Distanzkaufe neben der allgemeinen, für den Platz- und für den Distanzkauf gleichmässig geltenden, Anzeigepflicht obliegen.

Der vom Verkäufer einseitig aufgestellte Facturavermerk über die Dauer der Rügefrist ist für den Käufer nicht verbindlich und ist daher die Mängelrüge rechtzeitig erfolgt, so-

fern sie innerhalb der gesetzlich hiefür eingeräumten Frist geschehen ist. Nach Art. 246 O. R. hat die Untersuchung der Waare so bald zu geschehen, als dies nach dem üblichen Geschäftsgange thunlich ist, und ist dem Verkäufer von entdeckten Mängeln sofort Anzeige zu machen. Der Käufer darf also die Prüfung der Waare nicht beliebig, nach Rücksichten seiner persönlichen Konvenienz u. s. w., hinausschieben, sondern er ist verpflichtet, dieselbe so bald vorzunehmen als der übliche, d. h. bei ordentlichen Kaufleuten übliche Geschäftsgang diess gestattet. Diess ist, wie gesetzliche Regel, so auch ein im Interesse beider Theile, des Käufers wie des Verkäufers, liegendes Postulat der bona fides des Verkehrs. Dieser Pflicht rechtzeitiger Prüfung der Waare selbst wird der Käufer dadurch nicht enthoben, dass er sich Ausfallsmuster hat geben lassen und diese geprüft hat. Das Gesetz fordert Prüfung der Waare selbst und es ist denn auch in der That klar, dass die Untersuchung von Ausfallsmustern diejenige der Waare selbst nicht ersetzen kann (vgl. Entsch. des deutschen R. O. H. G. Bd. 7 S. 428). Es ist danach rechtsirrthümlich, wenn die Vorinstanz die eingetretene Verzögerung der Mängelrüge desshalb entschuldigt, weil der Käufer habe annehmen dürfen, dass die Waare gleich sei wie das dem Kaufmuster entsprechende sog. Ausfallsmuster. Diese Erwägung würde konsequenterweise dazu führen, den Käufer der Pflicht zu rechtzeitiger Untersuchung der Waare allemal dann zu entbinden, wenn nach Muster gehandelt und dabei erklärt worden ist, das Muster sei der nämlichen bestimmten Waarenmenge entnommen, aus welcher geliefert werde. Diess widerspräche aber durchaus dem Gesetze, welches die Untersuchungs- resp. Rügepflicht auch für den Kauf nach Muster statuirt. Die zulässige Untersuchung und Rügefrist kann nicht abstrakt bestimmt, sondern es muss jeweilen auf die konkreten Verhältnisse, insbesondere die Natur der Waare, um die es sich handelt, und die dadurch bedingte Verschiedenheit des nach dem üblichen Geschäftsgange ordentlicher Kaufleute Thunlichen und Gebotenen Rücksicht genommen werden. Auf den Umstand, dass die Waare entfernt von der Handelsniederlassung des Käufers eingelagert gewesen ist, sowie auf den Mangel an Personal desselben zu früherer Prüfung kann nichts ankommen, nachdem der Käufer selbst den Ablieferungsort der Waare bestimmt hatte. Es war seine Sache, Veranstaltung zu treffen, dass dieselbe dort rechtzeitig geprüft werde; ebenso war es auch seine Sache, genügendes Personal einzustellen, um die be-

stellte Waare gemäss dem allgemeinen üblichen Geschäftsgang rechtzeitig prüfen zu können. (Entsch. v. 24. Juni 1892 i. S. Tschurtschenthaler c. Baumgartner.)

---

100. *Art. 542 O. R. Abtretung eines Gesellschaftsantheils; Wirkung.*

Ein Gesellschafter kann seinen Gesellschaftsantheil nicht einseitig mit der Wirkung abtreten, dass der Erwerber dadurch an seiner Stelle Mitglied der Gesellschaft würde. Dagegen ist die einseitige Abtretung eines Gesellschaftsantheils insoweit gültig, als es die aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden Forderungsrechte anbelangt. Eine Abtretung dieser Forderungsrechte ist nach den allgemeinen Grundsätzen über Abtretung der Forderungen durchaus zulässig und Art. 542 O. R. steht ihr nicht entgegen, vielmehr versagt diese Gesetzesbestimmung der einseitigen Abtretung eines Gesellschaftsantheils ausdrücklich nur die Wirkung, dass der Erwerber dadurch Mitglied der Gesellschaft werde. (Entsch. v. 7. Juli 1892 i. S. Furrer c. Streuli.)

---

101. *Art. 6 lit. b. des Fabrikhaftpflichtgesetzes. Kann wegen vorzeitigen Eintritts der Folgen höheren Alters und wegen Einbusse an Lebensanwartschaft Entschädigung verlangt werden?*

Ist der Verletzte, nach den Ausführungen der Experten, infolge des Unfalles um einige Jahre älter geworden, d. h. treten die Folgen höheren Alters für den Verletzten zufolge des Unfalles um einige Jahre früher ein, als dies sonst geschähe, und ist daher anzunehmen, dass zufolge des Unfalles die Verminderung der Erwerbsfähigkeit, wie sie im höheren Alter einzutreten pflegt, beim Kläger um einige Jahre früher sich geltend machen werde, als dies sonst der Fall wäre, so ist eine Schmälerung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten durch den Unfall, zwar nicht für die Gegenwart, wohl aber für die Zukunft, für die späteren Jahre seines Lebens, gegeben, und hiefür gebührt dem Verletzten nach Massgabe des Art. 6 lit. b. des Fabrikhaftpflichtgesetzes Ersatz. Dagegen kann auf die (von den Experten ebenfalls betonte) Einbusse an Lebensanwartschaft nichts ankommen. Eine derartige Einbusse involvirt keine Verminderung der Arbeitsfähigkeit, überhaupt keine ökonomische Schädigung des Verletzten selbst, und es ist daher nach dem Haftpflichtgesetze demselben hiefür keine Entschädigung zu leisten. (Entsch. v. 2. Juli 1892 i. S. Sameli c. Telegraphenverwaltung.)

---

102. *Fabrikhaftpflichtgesetz. 1) Inwiefern ist der Verletzte verpflichtet, sich der zu seiner Heilung nöthigen Behandlung zu unterziehen?*[1] *Folgen der Verweigerung. 2) Anspruch des Verletzten auf Ersatz der Heilungskosten und des während der Krankheit entstandenen Schadens. 3) Beurtheilung der Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten.*

1. Es darf einem Verletzten gewiss zugemuthet werden, dass er sich der zu seiner völligen Herstellung nöthigen Behandlung (in casu Bewegungen des Armes im Ellbogengelenke behufs Verhütung der Steifigkeit in demselben) unterziehe, auch wenn dieselbe mit einigen nicht unerträglichen Schmerzen verbunden ist, und es kann der Verletzte, wenn er dies verweigert und dadurch selbst seine Heilung vereitelt, hiefür den Haftpflichtigen nicht verantwortlich machen, sondern es ist die Ersatzpflicht des Haftpflichtigen verhältnissmässig, mit Rücksicht auf das mitwirkende Verschulden des Verletzten zu reduziren. 2. Der Verletzte hat grundsätzlich Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten und des durch vorübergehende gänzliche Erwerbsunfähigkeit während der Krankheit verursachten Schadens; es darf daher der Haftpflichtige von dem Taglohn des Verletzten nicht einfach den Betrag der an ihn bezahlten Heilungskosten in Abrechnung bringen; ein derartiger Abzug ist vielmehr nur insoweit statthaft, als dem Verletzten durch seine Verpflegung im Spital die Kosten anderweitigen Unterhaltes, welche er ohne den Unfall aus seinem Verdienste hätte bestreiten müssen, erspart worden sind. 3. Bei Beurtheilung der Verminderung der Erwerbsfähigkeit des Verletzten darf nicht unbedingt auf den Verdienst abgestellt werden, welchen der Verletzte momentan, bei Ausfällung des Urtheils, bezieht und welcher in casu nicht wesentlich geringer war als der Verdienst vor dem Unfalle. Denn die jetzige Stellung ist dem Verletzten nicht für alle Zukunft gesichert und wenn er dieselbe je verlieren sollte, so ist keineswegs gewiss, dass er leicht wieder eine ähnliche, seinen Fähigkeiten angemessene Stellung finden würde. Es muss vielmehr darauf Rücksicht genommen werden, inwieweit bei einem Manne von der Stellung des Verletzten die Konkurrenzfähigkeit auf dem Arbeitsmarkte, der gemeine Werth der Arbeitskraft (in casu durch eine Störung der Bewegungsfähigkeit des linken Armes) vermindert worden sei; denn ein Arbeiter mit einem Defekte, welcher z. B. zum Heben schwerer Lasten unfähig macht, wird sich beim Wett-

---

[1] S. oben Nr. 34 Ziff. 3.

bewerbe auf dem Arbeitsmarkt einem unverletzten, die volle Herrschaft über beide Arme besitzenden Konkurrenten gegenüber immer im Nachtheile befinden. (Entsch. v. 1. Juli 1892 i. S. Hauser c. Lutz.)

---

103. *Art. 1, 2 und 19 B.-Ges. betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst. 1) Ist der staatsrechtliche Rekurs wegen Verletzung desselben zulässig? 2) Sind lithographische Nachbildungen Werke der Kunst im Sinne dieses Gesetzes?*

1. Der staatsrechtliche Rekurs ist wegen Verletzung des Urheberrechtsgesetzes statthaft, soweit es sich um die strafrechtlichen Dispositive eines kantonalen Urtheils handelt, aus den gleichen Gründen, aus welchen das Bundesgericht in konstanter Praxis den staatsrechtlichen Rekurs gegen kantonale Entscheidungen in Markenstrafsachen zugelassen hat.[1]) Festzuhalten ist aber, dass das Bundesgericht als Staatsgerichtshof nur befugt ist, zu prüfen, ob das angefochtene Urtheil prinzipiell gegen das Bundesgesetz verstosse, dass es dagegen nicht kompetent ist, in der Sache selbst materiell zu entscheiden, und insbesondere die thatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urtheils nicht zu überprüfen hat.

2. Die Frage betreffend, ob lithographische Nachbildungen selbst als Werke der Kunst im Sinne des Art. 1 des Urheberrechtsgesetzes erscheinen und somit (nach Massgabe der Art. 2 und 19 ibid.) selbständigen Urheberrechtsschutzes geniessen, so enthält das Bundesgesetz keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob die rechtmässige Nachbildung eines Werkes der bildenden Kunst vermittelst eines andern Kunstverfahrens des Urheberrechtsschutzes geniesse. Die Frage ist aber zu bejahen; denn derartige Nachbildungen erscheinen allerdings als Werke der Kunst im Sinne des Art. 1 des Urheberrechtsgesetzes. Der Kupferstecher, Lithograph u. dgl., welcher eine Zeichnung nach einem Gemälde anfertigt und auf Platte oder Stein überträgt, entfaltet eine selbständige künstlerische Thätigkeit; allerdings ist diese, da sie der Komposition des Originalwerkes folgt, eine vorwiegend reproduktive, allein sie ist eine Thätigkeit reproduktiver Kunst, bei welcher der Künstler manches aus Eigenem gestaltet und eigene künstlerische Auffassung und künstlerisches Können zu bethätigen hat. Kupferstichen u. dgl. nach Oelgemälden

---

[1]) S. diese Revue VIII Nr. 65.

kommt demgemäss ein eigener, manchmal hoher Kunstwerth zu und es qualifiziren sich daher dieselben als Werke der Kunst (s. Wächter, Urheberrecht S. 53 ff., Daude, Lehrbuch des deutschen Urheberrechts S. 107). Wird die zeichnerische Wiedergabe der Kontouren der Originalgemälde einfach aus einer dortigen Nachbildung entlehnt, so wird die künstlerische Arbeit des Urhebers dieses Werkes unbefugterweise angeeignet, dasselbe unberechtigt nachgebildet. Dass diese Nachbildung keine unveränderte ist, macht die Publikation nicht zu einem neuen selbständigen künstlerischen Werke. Eine Nachbildung wird dadurch nicht zu einer erlaubten, dass der Nachbildner, sei es selbst nicht ohne Geschick, einige Abänderungen vornimmt; sofern nur eben diese keine wesentlichen sind, also der Nachbildung den Stempel eines Kunstwerks von selbständigem Werth nicht aufdrücken. Die Arbeit desjenigen, welcher einen nach dem Originalgemälde gefertigten Kupferstich u. s. w. reproduzirt, bleibt, auch wenn dabei einige Abänderungen vorgenommen werden, immerhin gegenüber der Thätigkeit des Künstlers, welcher nach dem Originalgemälde gearbeitet hat, eine untergeordnete, mehr werkmechanische oder Handarbeit. (Entsch. v. 10. Juni 1892 i. S. Synnberg u. Rüttner.)

---

104. *Art. 25 und 24 Ziff. 2 B.-Ges. betr. die Erfindungspatente v. 29. Juni 1888. Verpflichtet nur der vorsätzliche Verkauf nachgeahmter Gegenstände zur Entschädigung?*

Das Bundesgericht hat diese Frage bejaht,[1]) davon

[1]) A. A. Meili, Principien des schweiz. Patentgesetzes S. 72, dessen Behauptung aber, dass der Nationalrath durch Beschluss vom 16. März und der Ständerath durch Beschluss vom 17. Juni 1888 die Verweisung auf „Nr. 1“ in Art. 25 Abs. 4 gestrichen habe, durch die Protokolle nicht unterstützt wird. Der Widerspruch der beiden Texte erklärt sich ganz einfach aus folgendem Vorgange. Im Entwurfe des Bundesrathes waren die jetzigen Artikel 24 und 25 die Artikel 22 und 23, und lautete Art. 23 Abs. 4: „die Civilentschädigung bleibt indessen in den in Art. 22, Ziff. 1, erwähnten Fällen vorbehalten.“ In Folge der von der nationalräthlichen Kommission vorgeschlagenen Aenderungen erhielt Art. 22 des Entwurfes die Zahl 21 und musste daher Art. 23 Abs. 4 des bundesräthlichen Entwurfes entsprechend geändert werden, was in der Weise geschah, dass die Commission am Rande bemerkte „ . . . Art. 21, ...“ Der Nationalrath stellte am 16. März 1888 die ursprüngliche Bezifferung der Artikel wieder her, womit natürlich die Rand-Correctur der nationalräthlichen Commission

ausgehend, dass nicht der deutsche Text des Gesetzes (Art. 25 Abs. 4), welcher lautet: „Bloss fahrlässige Uebertretung wird nicht bestraft. Die Civilentschädigung bleibt indessen in den in Art. 24 erwähnten Fällen vorbehalten," — sondern der französische Text, welcher die Civilentschädigung nur in den in Art. 24 Ziff. 1 erwähnten Fällen vorbehält, den wirklichen Willen des Gesetzgebers ausspreche und der abweichende deutsche Text auf einem Versehen beruhe. (Entsch. v. 8. Juli 1892 i. S. Société suisse de distributeurs automatiques c. Adam.)

---

105. *Art. 49 B.-Ges. über Civilstand und Ehe. Ehescheidung; Entschädigungspflicht des überwiegend schuldigen Ehegatten bei beidseitigem Verschulden.*

Wenn beide Eheleute gleichmässige Schuld trifft, so dass das Verschulden des einen Theils durch dasjenige des andern aufgewogen wird, so kann eine Entschädigung keiner Partei zugebilligt werden. Trifft dagegen einen Ehegatten die überwiegende Schuld, so erscheint ihm gegenüber der andere Theil, auch wenn er nicht gänzlich schuldlos ist, vielmehr auch ihm Verfehlungen zur Last fallen sollten, als der unschuldige. In diesem Sinne ist Art. 49 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe zu verstehen, wenn dort von den dem schuldigen Theile aufzuerlegenden Entschädigungen gesprochen wird. (Entsch. vom 28. Mai 1892 i. S. Eheleute Leutwyler.)

---

zu Art. 23 Abs. 4 dahin fiel. Statt dieselbe aber zu streichen, änderte man sie so dass sie nun lautete: „ . . . Art. 22, . . ." und in dieser unrichtigen Form ging der Entwurf resp. der Beschluss des Nationalrathes an den Ständerath, welcher denselben einfach acceptirte. Offenbar hat der Ständerath, wie das gänzliche Stillschweigen des Protokolls über die doch sehr wichtige Frage, ob auch fahrlässige Contravention in allen Fällen des Art. 24 zum Schadensersatz verpflichte, beweist, die Sache richtig aufgefasst. Dagegen hat dann die mit der schliesslichen Feststellung des deutschen Textes betraute Person irriger Weise geglaubt, die Randbemerkung habe einen Sinn und bezwecke die Streichung der Verweisung auf die Ziff. 1 von Art. 22 (jetzt Art. 24), wogegen übrigens ganz deutlich das hinter der Zahl 22 befindliche Komma sprach. Der deutsche Text ist also in der That unrichtig. Der Einsender.

106. *Art. 8 Abs. 2 B.-Ges. betr. Bau und Betrieb der Eisenbahnen. Sind durch diese Gesetzesbestimmung die Gerichtsstandsbestimmungen der frühern kantonalen Eisenbahnkonzessionen aufgehoben worden?*

Art. 8 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes enthält eine staatsrechtliche Normirung des Gerichtsstandes. Ein Ausfluss des gleichen staatshoheitlichen Rechtes waren auch die Gerichtsstandsklauseln der Konzessionen. Denn die Feststellung der Konzessionsbedingungen, möge nun der typische, nothwendige Konzessionsinhalt ein für alle Male durch das Gesetz bestimmt oder möge die Rechtsstellung der Konzessionäre jeweilen durch Einzelverfügung geregelt werden, ist immer ein staatsrechtlicher Akt, ein Ausfluss der Eisenbahnhoheit, kraft welcher der Staat zu bestimmen hat, unter welchen Bedingungen im Staatsgebiete Eisenbahnen gebaut und betrieben werden dürfen. Die Konzession ist kein Vertrag, der Konzessionsinhalt nicht Vertragsinhalt, sondern staatshoheitliche Vorschrift. Demnach sind die den Gerichtsstand beschlagenden Bestimmungen der kantonalen Konzessionen gemäss Art. 6 Abs. 3 des Eisenbahngesetzes durch Art. 8 Abs. 2 dieses Gesetzes aufgehoben worden, wovon auch seit Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes die Bundesbehörden ohne Weiteres ausgegangen sind.[1]) (Entsch. v. 19. Juli 1892 i. S. J. S. Eisenbahngesellschaft c. Reith.)

B. Entscheide kantonaler Gerichte.

---

107. *Betrug. Vorhandensein der Merkmale. Art. 24 O. R.*

Zürich. Urtheil des Obergerichts (Appellationskammer) vom 28. Mai 1892 i. S. Weber c. Hippenmeier.

H. verkaufte an W. eine Liegenschaft um 25,000 Fr., nachdem er dem Käufer angegeben hatte, der Assecuranzwerth des Gebäudes betrage Fr. 22,000. Nachher ergab sich, dass dieser Werth nur Fr. 18,000 betrug. Der Käufer weigerte sich daher, den Kauf zu halten, unter Berufung auf Art. 24 O. R. Die erste Instanz erachtete diese Weigerung

---

[1]) S. B.-Blatt 1876 IV S. 886 und 1881 III 60. Ferner diese Revue IV Nr. 43 und A. S. der b.-g. Entsch. V S. 172; XII S. 49.

für unbegründet, weil der Käufer den Nachweis hätte leisten müssen, dass er ausschliesslich durch die unrichtige Angabe des Verkäufers zum Kaufe bestimmt worden sei, nun aber unbestritten sei, dass er das Kaufobjekt mehrmals besichtigt habe, was den Schluss gestatte, dass er sich auch um die Rendite der Liegenschaft bekümmert habe; die Rendite aber sei für den Verkehrswerth einer Liegenschaft massgebend, nicht die Assecuranzsumme; zudem sei der Kaufpreis bei der gegenwärtigen Rendite nicht übertrieben. Das Obergericht hob dieses Urtheil auf.

Motive: Die Frage, ob die unrichtige Angabe des Assecuranzwerthes überhaupt für das Zustandekommen eines gültigen Vertrages von der Bedeutung sei, dass darauf eine Anfechtungsklage gestützt werden kann, ist auf Grund des Art. 24 O. R. zu bejahen. Die Höhe der Assecuranz eines Gebäudes erscheint als ein Moment, das für dessen Schätzung im Verkehr von erheblichem Einfluss ist. Nicht nur repräsentiert sie an sich eine auf Grund sachverständiger Prüfung vorgenommene Schätzung des Bauwerthes eines Gebäudes, sondern sie ist auch für die Belastung einer Liegenschaft mit Hypotheken, die Höhe von deren Zinsen und einen allfälligen Wiederverkauf von Bedeutung. Dass gerade dieses Moment für den Entschluss des Käufers entscheidend gewesen sei, so dass er ohne die Täuschung hierüber den Kauf überhaupt nicht eingegangen haben würde, braucht keineswegs festzustehen; es genügt, wenn eine Täuschung über eine „nach allgemeiner Verkehrsanschauung erhebliche Thatsache“ stattgefunden hat, und es kann ein weiterer Beweis für den Causalzusammenhang von dem sich hierauf Berufenden nicht gefordert werden. Demnach ist es auch unerheblich, dass Käufer die Liegenschaft vor Abschluss des Kaufes besichtigt und über deren Rendite sich erkundigt hat, da dies den Einfluss jener unrichtigen Angabe auf seinen Entschluss keineswegs ausschliesst.

Erforderlich zur Anfechtung des Kaufs gemäss Art. 24 O. R. ist nun allerdings, dass die Täuschung durch eine betrügerische Handlung des andern Contrahenten verursacht worden sei. Der Verkäufer behauptet nämlich, dass er sich bei seiner unrichtigen Angabe über die Assecuranz selber im Irrthum befunden habe. Die Richtigkeit dieser Behauptung kann aber füglich dahingestellt bleiben, da, gesetzt auch die Sache verhalte sich so, eine unredliche (betrügerische) Handlungsweise des Verkäufers doch schon dann anzunehmen ist, wenn er es unterliess, den Käufer über den durch ihn, ob auch unab-

sichtlich, veranlassten Irrthum aufzuklären, während er zugestandener Massen denselben noch vor Abschluss des Vertrages entdeckt hatte. In dieser Unterlassung läge die unredliche Benutzung eines schon vorhandenen Irrthums, die der absichtlichen Erregung eines solchen gleich zu achten ist.

(Schweizer Blätter für hr. Entsch. XI Nr. 13.)

---

108. *Action en dommages-intérêts pour dénonciation pénale. Art. 50, 55 C. O.*[1]

Genève. Jugement de la Cour de Justice civile du 14 mai 1892 d. l. c. Greffier c. Diserens.

Dans la nuit du 5 au 6 octobre 1890, un vol de ruches d'abeilles a été commis au préjudice de J. Mugnier. Le 8 septembre 1891, Diserens, garde-forestier, a remis à l'adjoint de la commune une déclaration portant que, dans la nuit susdite, et étant de service en embuscade près de la maison de Mugnier, il a vu Greffier entrer dans le jardin de ce dernier, enlever des cadres de ruches et les emporter. M. a porté plainte contre G. Une instruction pénale a été ouverte, le procureur général et la Chambre ont estimé qu'il y avait prévention suffisante contre G., mais le jury a prononcé un verdict d'acquittement. Alors G. a cité D. devant le Tribunal civil et, invoquant le verdict du jury, il a conclu au paiement de 600 fr. pour fait de diffamation. Le Tribunal lui a alloué 150 fr. Mais la Cour de Justice l'a débouté totalement de sa conclusion.

Motifs: Considérant que l'article 15 du Code d'instruction pénale impose à tout fonctionnaire ou officier public qui acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit l'obligation d'en donner connaissance au procureur général.

Que l'article 16 du même code dispose que toute personne qui a été témoin d'un attentat contre la propriété d'un individu est pareillement tenue d'en aviser ce magistrat.

Considérant que ni le texte de ces dispositions, ni leur esprit, ni leur but ne permettent de supposer que le législateur, imposant cette obligation aux fonctionnaires et ce devoir civique aux citoyens, ait en même temps admis que cette même dénonciation, exigée par lui, pouvait cependant entraîner la responsabilité du dénonciateur par le fait seul que les juges n'auraient pas trouvé suffisantes les preuves fournies par le ministère public.

---

[1]) S. oben Nr. 96 und die dortigen Citate.

Qu'une telle pensée chez le législateur doit être exclue comme contraire aux notions de justice et de raison.

Considérant, d'ailleurs, que, conformément aux vrais principes sur la matière, la Cour de justice et le Tribunal fédéral ont établi, par de nombreux arrêts, notamment par celui du 12 février 1892, rendu par cette dernière autorité dans la cause Dme K... contre R..., que la responsabilité civile de l'auteur d'une plainte ou d'une dénonciation pénale, ne saurait dépendre uniquement des conséquences qu'elles ont pu avoir, mais seulement de la constatation d'une faute ou d'une imprudence imputable à son auteur et, pour cela, il faut que la plainte ou la dénonciation ait été formulée dans l'intention malicieuse de nuire, ou d'une manière inconsidérée, alors que le plaignant ou le dénonciateur savait, ou aurait pu et dû savoir, que les faits allégués étaient inexacts ou controuvés.

Considérant que les causes de responsabilité font complétement défaut dans l'instance actuelle (suit l'énumération de circonstances diverses excluant la mauvaise foi du dénonciateur).

(Semaine judiciaire 1892 Nr. 22.)

---

109. *Dommages-intérêts. Responsabilité du propriétaire d'un cheval. Art. 50 ou 62 C. O.?*

Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 10 octobre 1891 d. l. c. Tanner c. Minini.

Le 1er janvier 1891, Angelo Tela, ouvrier cimentier au service de M. Minini, entrepreneur de bâtiments à Boudevilliers, demanda à ce dernier de lui louer son cheval et son traîneau pour aller en promenade. Minini y consentit et toucha à l'avance le prix convenu de cinq francs. Ce même jour, Angelo Pagani, domestique de Minini, avait reçu de son maître l'ordre de se rendre à Valangin pour y faire une commission. Déjà au départ de Boudevilliers, le cheval refusa de marcher, et, comme Tela ne savait pas conduire et n'était pas maître de l'animal, Pagani prit le cheval par la bride et le conduisit jusqu'à la sortie du village. A cet endroit, Pagani s'était déjà arrêté pour revenir sur ses pas, lorsque le cheval refusa de nouveau d'avancer. Tela proposa alors à Pagani de l'accompagner jusqu'à Fontaines, et P. accepta, dans l'idée que depuis Fontaines il se dirigerait directement sur Valangin. A Fontaines, Tela proposa à P. de continuer la promenade avec lui, et P. accepta cette proposition. A Cernier, on but dans différents cafés et vers le soir P. et T.

étaient ivres lorsqu'ils se dirigèrent du côté de Dombresson. Là, ils rencontrèrent un traîneau conduit par A. Tanner et, tournant brusquement devant le cheval de Tanner, ils causèrent un grave accident, le cheval de Tanner eut une jambe profondément blessée. Tanner estime que Minini doit être rendu responsable des conséquences de l'accident, parceque cet accident a été causé par son cheval et parceque ce cheval était conduit par le domestique de M. auquel ce dernier l'avait lui-même confié. Minini estime que parceque son cheval et son traîneau étaient loués à un tiers, c'est à ce tiers que Tanner doit adresser son action. — Le Tribunal cantonal a déclaré Minini responsable de l'accident et l'a condamné à réparer le dommage causé par l'accident.

Motifs: Attendu qu'il est suffisamment établi que l'accident doit être attribué uniquement à l'allure rapide et désordonnée du cheval et du traîneau appartenant à Minini;

Attendu que, s'il est constant qu'au moment de l'accident, le cheval était conduit par Pagani, domestique de Minini, il n'est pas moins certain que ce domestique n'était pas dans l'accomplissement de son travail;

Qu'ainsi la responsabilité de M. doit être écartée au regard de l'art. 62 C.O.;

Mais attendu que le cheval de M. a été reconnu comme un animal ombrageux et difficile à conduire;

Qu'il y a eu faute, de la part de M., à louer ce cheval à un ouvrier cimentier qu'il connaissait aussi pour n'avoir aucune habitude de la conduite d'un cheval;

Attendu que l'accident peut être attribué non seulement à la faute du domestique qui conduisait le cheval, mais aussi à la nature vicieuse de l'animal lui-même;

Qu'ainsi M. doit être reconnu responsable, directement, en raison de sa propre faute, en vertu de l'art. 50 C. O.

(Jugements du Trib. cant. II p. 464 ss.)

---

110. *Schadenersatz. Haftpflicht des Geschäftsherrn für seinen Angestellten. Art. 62 O. R.*

Luzern. Urteil des Obergerichts vom 16. Juli 1891.

Anton D., der die Käserei betreibt, bezog von J. E. die Sommermilch vom 1. Mai bis Martini 1890. Der Knecht des J. E., Jakob D., vermischte diese Milch während des Monats Juni mit Wasser und Sirte, wodurch an den daraus fabricierten Käsen ein Schaden entstand, der gerichtlich auf Fr. 667. 50 abgeschätzt wurde. Anton D. machte dafür neben

dem Jakob D. auch den Johann E. als dessen Geschäftsherrn nach Art. 62 O. R. verantwortlich. Die erste Instanz wies seine Forderung an J. E. ab, das Obergericht dagegen erklärte den J. E. als solidarisch mit Jakob D. für einen Drittheil der Forderung haftbar, aus folgenden Gründen:

Es besteht kein Grund, die Haftbarkeit gemäss Art. 62 O. R. nicht auch auf Verhältnisse von der Art der vorliegenden anzuwenden. J. E. stellt sich als Geschäftsherr und Jakob D. als sein Angestellter oder Arbeiter im Sinne des Art. 62 dar. Richtig ist freilich, dass J. E. den J. D. nicht zu dem Zwecke angestellt hatte, um in geschehener Weise Milchfälschungen zu begehen. Allein dieser hat das Delikt doch in Ausübung seiner geschäftlichen Verrichtungen begangen und in dieser Stellung den dem Kläger erwachsenen Schaden gestiftet. Immerhin muss zugestanden werden, dass der Richter mit den dem Beklagten zustehenden Entlastungsbeweisen, „dass er alle Sorgfalt angewendet habe", es nicht zu strenge halten dürfe, dass vielmehr eine Entlastung sofort einzutreten habe, solange nach Lage der Akten die Annahme berechtigt ist, dass der Geschäftsherr es an dieser ihm obliegenden Sorgfalt nicht habe fehlen lassen. Allein im vorliegenden Falle trifft dieses nicht zu. Die als Magd bei dem Beklagten dienende Frau W. und der Ackerbub G. haben dem Meister mitgetheilt, dass J. D. der Milch Wasser beimische. Bei dieser Sachlage war J. E. offenbar veranlasst, den Melker, der ohnehin nach seiner Angabe zum Melken untüchtig war, in vermehrter Weise zu beaufsichtigen, und da dies nicht geschehen, so kann sich der Beklagte nun auch nicht darauf berufen, dass er alle erforderliche Sorgfalt angewendet habe.

J. E. wendet aber ein, es wäre Sache des Klägers gewesen, die Milch jeweilen bei Empfang gehörig zu untersuchen; hätte er das gethan, so wäre durch die blose Sinnenprobe die Fälschung bald constatiert und der Schaden verhindert worden. Dagegen ist zu bemerken, dass es sich hier um eine Schadenersatzforderung aus Grund unerlaubten Verhaltens handelt. Es kann also in dem angerufenen Umstande ein Exkulpationsgrund nur aus dem Gesichtspunkte des Art. 51 Abs. 2 O. R. gesucht werden, wonach, unter der Voraussetzung, dass dem Beschädigten ein Verschulden beizumessen ist, der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich davon entbinden kann. Es muss nun zugegeben werden, dass die Probung der Milch durch den Kläger wenigstens den Verdacht der Fälschung hätte ergeben müssen.

Statt das zu thun, hat der Kläger, nachdem die Fälschung im ganzen Laufe des Juni stattgefunden, erst Anfangs Juli reclamiert. Damit hat er durch schuldhafte Unterlassung zum Entstehen des Schadens selbst beigetragen. Der Richter steht nicht an, das Verhältniss der eigenen Mitschuld des Klägers höher anzuschlagen als das des J. E., und erklärt demnach nach freiem Ermessen den letzteren nur für $^1/_3$ des Schadens haftbar.

(Verhandl. des Oberger. v. J. 1891 S. 77 ff.)

---

111. *Unmögliche Erfüllung. Art. 145 O. R.*

Aargau. Urtheil des Obergerichts vom 7. Februar 1889 i. S. Schätti und Krämer c. Gemeinde Ennetbaden.

Die Gemeinde Ennetbaden hatte 1874 eine Wasserversorgung aus Quellwasser erstellt, wovon sie Wasser in grösseren Quantitäten an einzelne Gasthöfe in den Grossen Bädern abgab. Da in trockenen Sommern wiederholt den Gasthöfen das vertraglich zugesicherte Wasserquantum nicht geliefert werden konnte, so nahm sich der Gemeinderath Ennetbaden vor, die Wasserversorgung zu vergrössern und noch eine Brauchwasserleitung neben der Trinkwasserleitung zu erstellen. Ein bezügliches Projekt brachte er am 22. Nov. 1885 an die Einwohnergemeinde, und erhielt den Auftrag, mit den Wasserabonnenten Verhandlungen zu eröffnen und verbindliche Verträge auf mindestens 10 Jahre abzuschliessen. Das geschah, und am 10. Januar 1886 genehmigte die Einwohnergemeinde Ennetbaden die bezüglichen Vorlagen, darunter auch den Vertragsentwurf mit Schätti und Krämer zum Freihof. Darauf schloss der Gemeinderath am 18. Januar 1886 mit letzteren den Vertrag dahin ab, dass er ihnen das nöthige Quantum an Brauchwasser zum Betrieb eines Aufzuges nach Bedarf bis Mitte April 1886 zu 15 Cts. per m^3 auf die Dauer von 10 Jahren liefern wolle. Aber eine Minderheit der Einwohnergemeinde erhob gegen den Beschluss vom 10. Januar Beschwerde an den Regierungsrath, der den Beschluss aufhob, weil das Projekt noch nicht genügend vorbereitet und gesichert sei. Auch der Gemeinderath von Baden, an den sich der von Ennetbaden nach dem Beschluss vom 10. Januar mit dem Gesuche um Gestattung einer neuen Wasserleitung gewendet hatte, lehnte dies ab, unter Genehmigung des Regierungsraths in Folge Rekurses.

Schätti und Krämer klagten nun auf Schadenersatz gegen den Gemeinderath Ennetbaden wegen Nichterfüllung ihrer

vorbehaltlos eingegangenen Verpflichtung. Der Beklagte berief sich auf Unmöglichkeit der Leistung. Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht mit folgender Begründung:

Angesichts der historischen Entwicklung kann die Klagbehauptung, der Vertrag sei ohne Vorbehalt und Bedingung abgeschlossen worden, nicht gutgeheissen werden. Allerdings wurde in den Vertrag Seitens des Gemeinderaths kein Vorbehalt aufgenommen des Inhalts, sofern das Projekt nicht zu Stande kommen sollte, solle er nicht zur Vollziehung gelangen. Allein diese Thatsache ist durchaus unerheblich, weil ein solcher Vorbehalt beidseitig als etwas ganz Selbstverständliches betrachtet werden musste. Denn die Vertragsberedung fand zugestandenermassen in einer Zeit statt, wo die Brauchwasserleitung nur ein Projekt war, hinsichtlich dessen noch nicht mit voller Gewissheit vorausgesehen werden konnte, ob es überhaupt verwirklicht werde. Nach Lage der Verhältnisse wusste auch der Kläger beim Vertragsabschlusse, dass es sich nicht um Wasser handle, über das die Beklagte bereits verfüge, sondern um solches, das von ihr erst noch durch Erstellung einer besondern Leitung zu beschaffen sei, dass m. a. Worten die Lieferung nur dann bewerkstelligt werden könne, wenn die Beschaffung des versprochenen Brauchwassers überhaupt möglich werde. Es ist daher ein für den Kläger nutzloses Unterfangen, bestreiten zu wollen, es sei ihm die Lieferung des Brauchwassers nur unter der selbstverständlichen und deshalb nicht näher hervorzuhebenden Voraussetzung zugesichert worden, dass das Projekt der Brauchwasserleitung überhaupt realisirt werden könne. Auch gibt der Kläger zu, gewusst zu haben, wie und warum Ennetbaden zu dem Entschluss gekommen, neben der alten Leitung noch eine zweite zu erstellen. Wenn er aber glaubt, es berühre ihn das nicht, indem für ihn nur massgebend sei, was mit ihm ausdrücklich vereinbart worden, so befindet er sich dem Gesagten gemäss im Irrthum. Fällt der Vertrag mit der Nichtverwirklichung des Leitungsprojektes dahin, so kann er mit keinem Scheine des Rechts verlangen, dass ihm trotzdem das mit der Realisirung desselben zugesicherte Wasser zugeleitet werde; denn das hiesse die Erfüllung einer Unmöglichkeit verlangen, hinsichtlich welcher es keine rechtsverbindliche Verpflichtung gibt. Und dass die Unmöglichkeit der Erfüllung nicht auf einem Verschulden der Beklagten beruht (Art. 145 O. R.), kann ernstlich nicht in Zweifel gezogen werden, denn es steht fest, dass sie Alles gethan

hat, was nur irgendwie zur Vertragserfüllung hätte führen können.

Zugestandenermassen wurde der eingeklagte Vertrag vor dem 10. Januar 1886 auf Grund gemeinsamer Besprechung in Schrift gebracht, aber von den Contrahenten noch nicht unterzeichnet; man convenirte in Gemässheit der Schlussnahme vom 25. November 1885, es solle der Vertragsentwurf „am nächsten Sonntag der Gemeinde zur Genehmigung" vorgelegt werden. Dieses ist denn auch geschehen und die Gemeinde hat den Vertrag genehmigt, worauf er am 11. Januar 1886 vom Gemeinderath ohne weitere Bemerkung unterzeichnet wurde. Durch den letztern Umstand sind die Interessen der Gemeinde nicht gefährdet worden; es können aus demselben keine Rechtsnachtheile für die Gemeinde hergeleitet werden, indem gegen Schlussnahmen der vorliegenden Art allfälligen Minderheiten das Beschwerderecht an die Direction des Innern bezw. an den Regierungsrath gesetzlich zugesichert ist. Und das zu wissen, war auch der Kläger censirt. Er war damit einverstanden, dass die Rechtsbeständigkeit des Vertrags von der Genehmigung der Gemeinde abhängig erklärt werde; dadurch hat er aber selbst zugestanden, dass derselbe mit der betreffenden Schlussnahme der Gemeinde stehe und falle. Dieser Gemeindebeschluss wurde am 9. März 1886 durch den Regierungsrath aufgehoben, durch welche Thatsache die Gemeinde ausser Stand gesetzt wurde, das Projekt der Brauchwasserleitung und damit auch den mit dem Kläger abgeschlossenen Vertrag zu vollziehen. Sie hat die eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung nicht zu verantworten, weil diese durch den Ausspruch des obersten Aufsichtsorganes kraft öffentlich-rechtlicher Gesetzesbestimmungen herbeigeführt worden ist.

Aber auch der Gemeinderath Baden ist der Verwirklichung des Projektes hindernd in den Weg getreten, indem er die Erweiterung des Röhrennetzes für eine Brauchwasserleitung auf dem Territorium von Baden von der Hand gewiesen hat, welche Verfügung auch oberinstanzlich gutgeheissen worden ist. Die Schadensersatzpflicht kann diesfalls nicht aus der Bestimmung des Art. 127 O. R. hergeleitet werden, indem weder behauptet noch bewiesen ist, dass die Beklagte die Leistung der Gemeinde Baden dem Kläger versprochen habe.

---

112. *Kauf. Bedeutung der Francolieferung. Erfüllungsort. Tragung der Gefahr des Transportes.*

Zürich. Urtheil des Kassationsgerichtes v. 29. August 1892 i. S. Steffen c. J. Küng.

Aus den Motiven: Eine Bestimmung, wie sie § 1444 des früheren Zürch. P. G. B. aufstellte, wonach, wenn zwischen Verkäufer und Käufer Francolieferung verabredet worden, im Zweifel anzunehmen sei, dass der Verkäufer mit den Kosten auch die Gefahr des Transportes übernommen habe, findet sich im schweiz. O. R. nicht, und die Thatsache, dass eine derartige im ersten Entwurfe des O. R. enthaltene Bestimmung später gestrichen wurde, ist wohl nicht daraus zu erklären, dass man fraglichen Satz als selbstverständlich betrachtet habe, sondern daraus, dass es manche Fälle giebt, wo die Contrahenten es ihrem Interesse angemessen finden können, zu verabreden, dass der Verkäufer die Versendung auf seine Kosten besorgen solle, ohne dass sie dabei beabsichtigen, den Bestimmungsort als den eigentlichen Erfüllungsort zu bezeichnen und dem Verkäufer die Gefahr des Transportes zu überbinden. So hat denn auch das zürcher. Handelsgericht zu einer Zeit, als der cit. § 1444 noch in Kraft stand, keinen Anstand genommen, in einem Falle, wo „franco Zoll und Fracht bis N.“ gehandelt war, zu erklären, nach bestehender Handelsübung sei diese Bestimmung keineswegs so auszulegen, dass sogenannte „Francolieferung“ in dem Sinne verabredet sei, dass der Verkäufer sowol Kosten als Gefahr des Transportes übernommen habe (Zeitschr. f. zürch. Rechtspflege Bd. XX. S. 300). Weil es hiernach als gefährlich erscheint, eine gesetzliche Vermuthung betreffend den Willen der Parteien auf eine einzelne Vertragsbestimmung zu gründen, ist auch bei Berathung des deutschen Handelsgesetzbuches ein wiederholt zu Art. 345 gestellter Antrag auf Aufnahme einer solchen Vermuthung abgelehnt worden (Lutz, Protocolle der Kommission u. s. f. Bd. II S. 640, III S 1382 und 1387 ff. Hahn, Commentar z. allg. deutsch. Handelsgesetzbuch, Bd. II S. 286 ff.).

---

113. *Kauf. Fixgeschäft. Erfüllungsort bei bedungener Francolieferung. Erstreckung der Lieferfrist. Art. 234 O. R.*

Zürich. Urtheil des Handelsgerichts v. 1. Juli 1892 i. S. Zopfi & Cie. c. Bollag.

Der Beklagte, B. Bollag in Zürich, schloss anfangs November 1891 mit den Klägern, Zopfi & Cie in Redona bei

Bergamo, einen Kaufvertrag ab über 400 Doppelcentner Futtermehl „Franco Transit Chiasso", Eingangszoll zu Lasten des Käufers, lieferbar vom Januar bis April 1892, je 100 Doppelcentner jeden Monat; der Streit bezog sich auf die Märzlieferung.

Am 21. März avisirten die Kläger den Beklagten, dass sie „nächste Woche" den pro März zu beziehenden Wagen an seine Adresse Lagerhaus Brunnen abrollen lassen, worauf der Beklagte am 23. schrieb, sie möchten ihm von der Waare ein Ausfallsmuster zukommen lassen, bevor der Wagen abgehe, er werde sich alsdann erklären, ob solche in Ordnung gehe. Am 24. versandten die Kläger das Ausfallsmuster und schrieben, dass sie „nächste Woche" die Spedition des Wagens vornehmen würden. Der Beklagte antwortete hierauf nicht mehr bis zum 29. März, an welchem Tage er den Klägern schrieb, er mache sie darauf aufmerksam, dass, wenn der pro März zu liefernde Wagen nicht bis Schluss des Monats in Chiasso eintreffe, er gezwungen wäre, denselben zu refüsiren, da ihm sein Abnehmer die gleiche Bedingung stelle. Am 30. erhielten die Kläger diesen Brief und sandten hierauf den Wagen ab; der Frachtbrief trägt das Datum vom 30. März und den Stempel der Aufgabestation vom 31. März und lautet an die Adresse Lagerhaus Brunnen zur Verfügung des Beklagten. Laut Stempel auf dem Frachtbriefe und nach dem Berichte der Lagerhausverwaltung Brunnen langte der Wagen in Chiasso am 1. April an und wurde dann weiterspedirt nach Brunnen, wo er am 4. April anlangte.

Der Beklagte stellte den Klägern wegen Verspätung die Waare zur Verfügung; die Kläger lehnten indessen jede Verantwortlichkeit für eine allfällige Verspätung ab, da der Wagen schon lange zur Versendung bereit gewesen sei und sie nur auf die Dispositionen des Beklagten gewartet haben, der durch sein Benehmen die Verzögerung verschuldet habe und sich daher nicht darauf berufen könne; seine Annahmeverweigerung sei lediglich aus der inzwischen eingetretenen Baisse zu erklären.

Die Klage auf Zahlung des Kaufpreises wurde gutgeheissen.

Aus den Gründen: 1. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag ist rechtlich als ein sogen. Fixgeschäft zu betrachten, wobei es jedem der Contrahenten freisteht, beim Verzuge des andern resp. bei Nichtinnehaltung des vereinbarten Lieferungstermins ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten. Diese Auffassung wird unterstützt durch die Bestimmung des Art. 234 O. R., wonach eine ge-

setzliche Vermuthung für eine derartige Willensmeinung der Parteien überall da besteht, wo im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet ist; in der Kaufbedingung, Lieferung 100 Säcke monatlich von Januar bis April, muss nun aber die Festsetzung eines bestimmt limitirten Lieferungstermines erblickt werden, in dem Sinne, dass jede Lieferung bis spätestens am letzten Tage eines Monats zu erfolgen habe. (Cfr. Blätter f. handelsrechtl. Entsch. Bd. VII p. 321 ff.)

2. Zum Fundament der vorliegenden Klage gehört nun in erster Linie, dass die Kläger die streitige Märzlieferung rechtzeitig geleistet haben. Es wird dies von den Klägern behauptet, indem sie als Erfüllungsort ihren Wohnsitz bezw. den Sitz ihres Etablissements Redona bei Bergamo ansehen, während der Beklagte behauptet, die Bahnstation Chiasso, bis wohin die Waare franco versandt wurde, sei Erfüllungsort; je nachdem die eine oder die andere dieser Behauptungen als richtig anerkannt werden muss, ist die Erfüllung rechtzeitig oder verspätet geschehen. Nach Art. 84 O. R. wird der Ort der Erfüllung zunächst durch den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien bestimmt und gilt im Zweifel der Grundsatz, dass gewöhnliche obligatorische Verbindlichkeiten (mit Ausnahme von Geldschulden und solchen auf Lieferung einer Spezies) an dem Orte zu erfüllen sind, wo der Schuldner zur Zeit ihrer Entstehung seinen Wohnsitz hatte. Letzteres gilt also auch für den vorliegenden Fall, sofern nicht auf eine anderweitige Willensmeinung der Parteien geschlossen werden kann.

3. Der Beklagte hat nun für letzteres lediglich die Verabredung von Francolieferung (bis Chiasso) geltend gemacht. Allein diesem Umstande kann an und für sich noch keine entscheidende Bedeutung für die Bestimmung des Erfüllungsortes zukommen. Die Verabredung der Francolieferung bis zu einem gewissen Orte hat in erster Linie nur die Bedeutung, dass der Verkäufer die Transportkosten bis zu jenem Orte zu tragen habe (Art. 233 O. R.). Unter Umständen kann darin allerdings noch ein Mehreres liegen, nämlich dass der Käufer an dem betreffenden Orte die Waare in Empfang zu nehmen und weiter darüber zu verfügen habe, also eine Bezeichnung des Ablieferungsortes, der zwar für die Erhebung der Mängelrüge von Bedeutung sein kann, aber mit dem Erfüllungsorte keineswegs ohne weiteres identisch ist. Allein nicht einmal als Ablieferungsort kann Chiasso hier in Betracht kommen; denn die Sendung war direct nach Brunnen zur

Verfügung des Beklagten adressirt, infolgedessen wurde ihm die Ankunft in Chiasso gar nicht angezeigt und er wäre so nicht in der Lage gewesen, an diesem Orte über die Waare zu verfügen. Uebrigens haben die Kläger die Fracht bis Chiasso nicht effectiv verauslagt, sondern sie haben den Betrag derselben einfach am Facturabetrage der Waare in Abzug gebracht und die Waare von Bergamo aus unfrankirt versandt.

4. Nach dem Gesagten ist nicht anzunehmen, dass Chiasso von den Parteien als Erfüllungsort gewollt wurde, sondern als Erfüllungsort ist Bergamo anzusehen, woraus sich dann auch ergiebt, dass die Lieferung rechtzeitig geschehen ist.

5. Wollte man aber entgegen dieser Ansicht an Chiasso als Erfüllungsort festhalten, so wäre die Klage dennoch gutzuheissen, da mit den Klägern gesagt werden muss, dass der Beklagte die eingetretene Verzögerung in der Lieferung (nach Chiasso) wegen seines Verhaltens betr. Verlangen von Ausfallsmuster etc. sich selber zuzuschreiben bezw. mit einer Erstreckung des Lieferungstermins sich einverstanden erklärt hat. Auch aus diesem Gesichtspunkte wäre daher die Annahmeverweigerung des Beklagten eine unbegründete.

---

114. *Bail à loyer. Obligation du locataire quant à l'emploi de la chose louée. Art. 283 C. O.*

Genève. Jugement du Tribunal de 1[ère] instance du 22 avril 1892 d. l. c. Lachat c. Sauvaire et Molheral.

Lachat a loué à S. et M. un local pour y exercer un commerce de vins, liqueurs et savons; malgré ses protestations, ils ont quitté les locaux et mis à leur place un sieur Worching, sculpteur; Lachat n'accepte ni le changement de locataire ni le changement de destination des locaux, et assigne les défendeurs à ce qu'ils devront réintégrer les locaux à eux loués. Le Tribunal l'a débouté de sa demande.

Motifs: Attendu que si les défendeurs ont contrevenu aux conventions qui les liaient au demandeur en installant un sous-locataire et en destinant ainsi les locaux loués à sculpteur plutôt qu'à l'usage prévu par les dites conventions, cette contravention, à défaut de stipulations spéciales des parties, trouve sa sanction dans l'art. 283 C. O.;

Attendu qu'aux termes de cet article, le bailleur peut demander la résiliation immédiate du bail avec dommages-intérêts, si, malgré sa protestation, le preneur emploie la

chose louée à un autre usage que celui pour lequel elle a été louée;

Attendu qu'il peut solliciter de la justice l'expulsion d'un sous-locataire, s'il a expressément refusé à son locataire la faculté de sous-louer;

Mais, attendu que les conclusions de Lachat, exigeant que les défendeurs reprennent personnellement possession des locaux loués ne peuvent être accueillies;

Qu'il ne peut être admis que les locataires se trouvent obligés de reprendre telle industrie dans tel local; que ce serait en effet singulièrement contraire à la liberté d'industrie que de refuser à quelqu'un la possibilité de changer soit de profession, soit de local, pour l'exercice de sa profession, ce quelqu'un étant d'ailleurs passible de la sanction prévue par l'art. 283 C. O.

Attendu, en conséquence, que les conclusions de L. ne peuvent être admises . . . . mais qu'il doit lui être réservé tous droits d'agir envers les défendeurs, soit en expulsion de leur sous-locataire, soit en conformité de l'art. 283 C. O.

(Semaine judiciaire 1892 Nr. 30.)

---

115. *Droit du porteur d'un effet de change de requérir la faillite du débiteur. Insolvabilité complète et relative. Art. 748 et 827 No. 5 C. O.*

Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 4 juin 1892 d. l. c. Giron c. Cornioley et Kunz.

La veuve Giron est porteur d'un effet de change au montant de 3000 fr. à elle souscrit par Cornioley et Kunz, le 12 janvier 1892 et payable le 30 juin 1892. Dans le courant du mois d'avril, Cornioley et Kunz ont adressé à leurs créanciers une circulaire dans laquelle il était exposé qu'ils étaient hors d'état de s'acquitter de leurs dettes; en conséquence, la circulaire proposait un arrangement aux termes duquel les débiteurs offraient le paiement de 50% des créances. Alors la veuve Giron a requis la faillite sans poursuite préalable de la société C. et K. Cette faillite a été prononcée par le Tribunal de 1[re] instance, le 16 mai, en application de l'art. 190 n° 2 de la loi féd. sur la poursuite. Appel a été interjeté de ce jugement par C. et K.; ils soutiennent qu'ils ne sont pas en état de suspension de paiements et que la dame G. ne possède pas de créance échue en vertu de laquelle elle puisse agir contre eux. La Cour de justice civile a confirmé la mise en faillite.

Motifs: L'envoi de la circulaire démontre de la manière la plus positive l'état de suspension de paiements de la société C. et K.

Aux termes des art. 748 et 827 No. 5 C. O., le porteur d'un billet de change a le droit de demander une sûreté à raison de la solvabilité insuffisante du souscripteur; ce droit n'est accordé, il est vrai, que dans le cas où, postérieurement à la création du billet, une procédure en exécution forcée a été dirigée contre le souscripteur et qu'elle est restée sans résultat pour tout ou partie de la dite dette; ce droit ne lui est pas accordé, par contre, lorsque l'accepteur a suspendu ses paiements, ou a été déclaré en faillite. En édictant ces dispositions et en permettant au porteur du billet de réclamer des sûretés en cas d'insolvabilité relative du souscripteur, mais non en cas d'insolvabilité complète, le législateur a implicitement admis que, dans ce dernier cas, le porteur qui n'a aucun intérêt à réclamer des sûretés qui ne pourraient lui être fournies, a, par contre, le droit de réclamer le paiement du billet qui devient échu par le fait de la suspension de paiement du souscripteur et alors que, comme dans l'espèce, il n'y a pas d'endosseurs pouvant être actionnés en prestation de sûretés; les effets de la suspension de paiement sont ainsi assimilés à ceux de la faillite qui rend exigibles les dettes du failli.

(Semaine judiciaire 1892, Nr. 29.)

---

116. *Eisenbahnconcession und -Haftpflicht. 1. Verhältniss der Gerichtsstandsnorm in Art. 8 B.-Ges. über Bau und Betrieb der Eisenbahnen zu früheren Concessionen. 2. Obligatio ex lege. B.-Ges. betr. Haftpflicht der Eisenbahnen v. 1. Juli 1875.*

Baselstadt. Urtheil des Appellationsgerichts v. 16. Mai 1892 i. S. Reith c. Jura-Simplon-Bahn.[1])

Kläger Reith hat Hausstand und Wohnsitz in Baden.

---

[1]) Wir theilen dieses Urtheil mit, obschon es vom Bundesgericht ist aufgehoben worden; schon darum, weil die Frage interessant genug ist und der zweite Punkt, die Auffassung der Eisenbahnhaftpflicht als obligatio ex lege, vom Bundesgericht, nachdem es den ersten Punkt anders entschieden hatte, nicht mehr erörtert zu werden brauchte und daher auch nicht erörtert wurde. Aus dem bundesgerichtlichen Urtheil hat der Bearbeiter dieser Entscheide allerdings nur ein kleines Stück aufgenommen (Nr. 106), was wir bedauern, da daraus allein die Auffassung des Bundesgerichts nicht vollständig erkennbar ist.

Seine Ehefrau war im Juni 1891 auf Besuch in Basel bei Verwandten, wollte am 14. Juni mit diesen einen Ausflug nach Arlesheim machen, zu welchem Behuf sie am Schalter der Jurabahn im Bahnhof zu Basel ein Retourbillet löste, und wurde dann in dem Mönchensteiner Unglück schwer verletzt. Der Ehemann klagte nun vor Basler Gericht eine Entschädigung ein, und berief sich für die Competenz dieses Richters auf § 3 der Baselstädtischen Concession an die Jurabahn vom 31. December 1872, wonach „die Gesellschaft für Verbindlichkeiten, welche im Canton Baselstadt eingegangen werden oder in demselben zu erfüllen sind, in Basel belangt werden kann und zu diesem Behuf daselbst Domicil nimmt.“ Um eine solche Verbindlichkeit handle es sich, da sie eine Folge des durch Lösung des Billets abgeschlossenen Transportvertrages sei. Die Jura-Simplon-Bahn bestritt die Competenz, weil dieser § 3 der Concession aufgehoben sei durch Art. 8 des B.-G. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen v. 23. Dec. 1872, welcher lautet: „Der Sitz der Gesellschaft wird jeweilen in der Concession bestimmt. Die Gesellschaften haben aber in jedem durch ihre Unternehmung berührten Cantone ein Domicil zu verzeigen, an welchem sie von den betreffenden Cantonseinwohnern belangt werden können.“ Laut Art. 6 Abs. 3 des cit. B.-Ges. seien die Bestimmungen des Gesetzes, soweit die staatshoheitlichen Rechte von den Cantonen an den Bund übergehen, auch für die bisher von den Cantonen ertheilten Concessionen massgebend, und für die durchaus staatsrechtliche Frage des Gerichtsstandes bilde daher lediglich das Eisenbahngesetz Norm. Darnach sei das Gericht incompetent, weil Reith nicht Cantonseinwohner sei. — Das Civilgericht trat der Auffassung der Beklagten bei, und erklärte sich incompetent. Das Appellationsgericht fand die Competenz begründet und änderte das Urtheil ab.

Motive: Die beklagte Partei stellt den Satz auf, dass weil das Bundesgesetz über Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. December 1872 bezüglich des Baues und des Betriebes der Eisenbahnen die Staatshoheitsrechte von den Cantonen auf den Bund überträgt, auch über die Gerichtszuständigkeit als eine durchaus staatsrechtliche Frage lediglich dieses Gesetz die massgebende Norm bilde, und das erstinstanzliche Urtheil hat dieser Auffassung noch den bestimmtern Ausdruck gegeben, Art. 8 des cit. Bundesgesetzes setze eine Ausnahme von dem allgemeinen Gerichtsstand des Wohnsitzes, wie er in Art. 59 der Bundesverfassung normiert sei, fest. Da nun aber ein Bundes*gesetz* nichts von der

Bundes v e r f a s s u n g Abweichendes aufstellen kann, so ist schon damit gegeben, dass der Art. 8 nicht einen gesetzgeberischen Inhalt betreffend Schaffung eines dem Art. 59 B.-V. widersprechenden Gerichtsstandes haben kann, d. h. keinen kraft Gesetzgebungsrechtes (staatlichen Hoheitsrechtes) aufgestellten Rechtssatz ausspricht, wodurch für die Eisenbahnen ein specieller Gerichtsstand gesetzlich begründet, oder, was juristisch gleichbedeutend wäre, ein gesetzlicher Zwang zur Domicilerwählung ausgesprochen würde. In dieser Beziehung ist der Bund durch die Bundesverfassung ebensosehr gebunden als die Cantone, und daher kann auch der Art. 8 des Bundesgesetzes keinen anders gearteten Inhalt als die entsprechende Bestimmung der früheren cantonalen Concessionen haben. Bei diesen letztern wird niemand daran zweifeln, dass sie nicht kraft Gesetzgebungsrechtes einen von Art. 59 B.-V. abweichenden Gerichtsstand für die Eisenbahnen geschaffen, bezw. kraft Gesetzgebungsrechtes einen Zwang zur Domicilerwählung ausgesprochen haben, sondern kraft Vereinbarung über die Bedingungen, unter denen die Concession ertheilt werden solle, die Eisenbahnen zur Domicilerwählung verpflichtet haben. Diese Domicilerwählung war eine der vertraglichen Gegenleistungen, welche die Eisenbahnen übernehmen mussten für Erlangung des Privilegs (der Concession). Denn ist auch die Concession als Privilegertheilung ein staatshoheitlicher Act, so sind doch die Bedingungen, unter denen sie angeboten und angenommen wird, vertragsmässiger Natur. Im völlig gleichen Sinne verlangt auch Art. 8 des Bundesgesetzes nur, dass die Eisenbahnen Domicil verzeigen sollen, das will sagen: er schreibt ein für allemal vor, dass solche Domicilerwählung als unerlässliche Bedingung für Ertheilung einer Concession gefordert werden solle.

Daraus folgt, dass es sich hiebei um kein staatshoheitliches Recht handelt, so wenig in den alten cantonalen Concessionen als in denen des Bundes auf Grund von Art. 8 des Bundesgesetzes. Dieser Artikel ist nur eine Weisung an die Bundesgewalt, keine Concessionen zu ertheilen, ohne dass die betreffende Eisenbahn diese Verpflichtung auf sich nimmt, und indem gegebenen Falls die Bundesbehörden der Eisenbahn diese Pflicht überbinden, vollziehen sie keinen Act der Staatshoheit, sondern lassen sich das als eine der Gegenleistungen gegen die Concessionsertheilung versprechen, gerade so, wie eine Privatperson sich von einer andern eine Domicilerwählung ausbedingt.

Darum ist auch die Berufung der Beklagten auf Art. 6

cit. Bundesges. unzutreffend, im Gegentheil spricht dieser Art. 6 nun direct gegen sie. „Soweit durch gegenwärtiges Gesetz, sagt er, die staatshoheitlichen Rechte von den Cantonen an den Bund übergehen, sind die Bestimmungen desselben auch für die bisher von den Cantonen ertheilten Concessionen massgebend.“ Es ergiebt sich aus unserer Ausführung, dass überhaupt kein staatshoheitliches Recht einer Gerichtsstandsnormierung von den Cantonen an den Bund hat übergehen können, weil vorher von den Cantonen kein solches geübt war. Und übrigens wäre ein solches, auch wenn es in § 3 der Baselstädtischen Concession ausgeübt worden wäre, durch Art. 6 erst nicht auf den Bund übertragen worden. Denn dieser Art. 6 lässt das Gesetz auf schon ertheilte Concessionen nur rückwirken, soweit durch dieses Gesetz die Eisenbahnhoheit auf den Bund übergeht, also nur in den Fragen, welche den Bau und den Betrieb der Eisenbahnen betreffen, nicht aber in Fragen, welche sonst staatshoheitlicher Natur sind, dem Bunde aber durch dieses Gesetz nicht anheimfallen, wie das in der Discussion über dieses Gesetz in der Bundesversammlung allgemein anerkannt und namentlich vom Berichterstatter der nationalräthlichen Commission (Stämpfli) ausdrücklich hervorgehoben wurde, indem er erklärte, der Bund trete an die Stelle der Cantone, „natürlich mit Ausnahme der Polizei-, Justiz-, Steuersachen“. Diese gehören eben der den Cantonen verbleibenden Polizei-, Justiz- und Finanzhoheit an und darunter müsste auch die „staatsrechtliche Frage der Gerichtszuständigkeit“ fallen, wenn eine solche überhaupt vorläge.

Nach dem Allem besteht kein Grund, den § 3 der Concession von Baselstadt an die Jurabahn als durch den Art. 8 des Bundesgesetzes aufgehoben und ersetzt anzusehen. Der Bund hat auch kein Interesse daran, den Cantonen in dieser Beziehung, bezüglich der Domicilerwählung der Eisenbahnen, eine Aenderung des früher Vereinbarten aufzulegen, weder so, dass er ihnen ein Mehreres gewährt, noch so, dass er ihnen etwas abschneidet, was sie seiner Zeit von der Eisenbahn verlangt und erhalten haben. Indem der Art. 8 B.-Ges. nur die Tragweite einer Vorschrift an die Bundesbehörden, bei Concessionsertheilungen diese Bedingung der Domicilerwählung zu stellen, haben kann, lässt er das durch frühere Concessionen in dieser Beziehung Vereinbarte unberührt.

Daher ist auch die Concession von Baselstadt an die Jurabahn mit ihrem § 3 vom Bundesrath genehmigt worden

zu einer Zeit, da das Bundesgesetz schon erlassen war. Dieses datiert vom 23. December 1872, die Concession dagegen vom 31. December 1872 und die bundesräthliche Genehmigung vom 13. Januar 1873. Allerdings ist das Bundesgesetz (ausser Art. 1 und 2) erst mit 1. April 1873 in Kraft getreten, aber es ist doch schwer zu glauben, dass der Bundesrath diesen § 3 ohne Einwendung hätte passieren lassen, wenn die Meinung gewesen wäre, dass er wenige Wochen später durch das Bundesgesetz ausser Kraft gesetzt werde, vielmehr weist die Genehmigung darauf hin, dass die Meinung bestand, gemäss Art. 41 des Bundesgesetzes bleibe der § 3 der Concession unverändert in Kraft.

Es ist also § 3 der Baselstädtischen Concession massgebend für die Frage, ob die Beklagte im heutigen Processe vor dem Basler Richter Recht zu nehmen habe. Dieser § 3 lautet: „Die Gesellschaft kann für Verbindlichkeiten, welche im Canton Basel-Stadt eingegangen werden, oder in demselben zu erfüllen sind, in Basel belangt werden, und nimmt zu diesem Behuf daselbst Domicil.“ Von den zwei hier aufgestellten Fällen, für welche Domicil erwählt worden, fällt der zweite, der hiesige Erfüllungsort ausser Betracht, da der Kläger nicht hiesigen Wohnsitz hat, und also für ihn gemäss Art. 84 Ziff. 1 O. R. der Erfüllungsort nicht Basel ist, und es bleibt nur die Frage, ob er aus einer Verbindlichkeit klagt, die hier eingegangen worden. Aus diesem Grunde nimmt denn auch der Kläger den hiesigen Gerichtsstand der Beklagten in Anspruch, indem er sich darauf beruft, dass seine Ehefrau durch Lösung des Fahrbillets im hiesigen Bahnhof den Transportvertrag hier abgeschlossen habe und sein Klagrecht aus diesem Vertrag entspringe. Die Beklagte bestreitet, dass es sich um eine Contractsklage handle, vielmehr beruhe die Klage auf dem in fremdem Gerichtsgebiet eingetretenen Unfall.

Da der Transport von Personen auf Eisenbahnen so gut als der von Sachen unter das Recht des Frachtvertrages fällt, so ist die natürliche, sowohl aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als aus der speciellen Natur des Transportvertrages sich ergebende Auffassung die, dass die heutige Klage Contractsklage aus Transportvertrag sei. Denn durch diesen Vertrag übernimmt der Transportführer die Verpflichtung, die Person oder die Waare in gehöriger Zeit, in richtiger Behandlung, namentlich auch unbeschädigt an den Bestimmungsort zu bringen, und haftet also auch für alles dies aus dem Vertrage. Unter dieser Voraussetzung liegt

auch kein Grund vor, dem Frachtvertrag mit einer Eisenbahn in einer dieser Beziehungen einen andern Inhalt beizulegen, als dem mit einem Fuhrmanne. So gut als ein Reisender gegen seinen Kutscher, durch dessen Fahrlässigkeit er umgeworfen und verletzt wird, aus dem Contractsverhältniss klagt, so gut ist alsdann der Klaggrund des in einem Eisenbahnunfall zu Schaden gekommenen Passagiers der Contract. Wenn also der Kläger aus dem Contractsverhältniss klagen will, so ist das an sich das Naturgemässe und es fragt sich nur, ob er dieses Rechtes durch seine Berufung auf das Bundesgesetz betr. Eisenbahnhaftpflicht vom 1. Juli 1875 sich entäussert habe, ob also dieses Bundesgesetz jene Gleichheit aufgehoben und den Grund der Eisenbahnhaftpflicht geändert, an die Stelle der Haftpflicht aus Contract eine solche aus anderm Grunde gesetzt habe. Es ist aber von vornherein nicht einzusehen, was dieses Gesetz für eine Veranlassung sollte gehabt haben, in diesem Grundprincip etwas zu ändern. Die einzige Absicht und der einzige Zweck des Gesetzes liegt darin, die Haftpflicht der Eisenbahnen gegenüber der des gewöhnlichen Fuhrmannes zu verstärken, ohne im Uebrigen den Ursprung der Haftpflicht anzutasten. Und dieser Ursprung liegt nach wie vor entweder in einem Contractsverhältniss, oder in einem Delict oder Quasidelict, daher „die Unfälle entweder in ein Contractsverhältniss eingreifen, in welchem der Verletzte steht, oder einen unbetheiligten Dritten treffen, also einen völlig selbständigen Verpflichtungsgrund ex delicto bilden“ (Fr. P. v. Wyss in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, Bd. 20, Abth. 3, S. 74 in Bezug auf das Bundesges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahnen). Das Bundesgesetz verstärkt nur die Verantwortlichkeit und die Haftpflicht der Eisenbahnen sowohl in Contractsverhältnissen, als bei Delicten und Quasidelicten namentlich auch durch Erweiterung der Quasidelictsfälle, schafft aber nicht selber einen dritten Klaggrund. Diese Auffassung wird auch durch eine grosse Zahl bundesgerichtl. Entscheidungen bekräftigt, welche als Princip des Bundesgesetzes betr. Eisenbahnhaftpflicht aufstellen, dass es die Haftpflicht der Eisenbahnen „erhöhen, accroître“ wolle (IV. 283, V. 109, VIII. 94, IX. 526 u. s. f.). „Erhöhung, surcroit de garantie“ ist eben eine Verstärkung der schon bestehenden, aus dem Contract oder Delict oder Quasidelict erwachsenden Haftpflicht.

Wenn man nun auch diese verstärkte Haftpflicht der Eisenbahnen als aus einer obligatio ex lege entspringend

bezeichnet, so kann man doch dabei nicht verkennen, dass das nur ein Constructionsversuch ist, um die Abweichungen von den Haftpflichtgrundsätzen des gemeinen Rechts, und namentlich die höchst singuläre Haftpflicht ohne eigenes Verschulden theoretisch zu rubricieren, es kann aber nicht der Gedanke zu Grunde liegen, dass die einzelnen Fälle durch dieses Gesetz ihrer Contracts- oder Delicts- oder Quasidelictsnatur entkleidet werden und aufhören das zu sein, was sie von Haus aus sind. Wäre wirklich, — wofür der Gesetzestext aber keine genügenden Anhaltspunkte bildet, — etwas derart durch diese Specialgesetzgebung beabsichtigt, also für alle durch sie normierten Haftpflichtfälle an Stelle des Contracts, Delicts oder Quasidelicts ein neuer Entstehungsgrund der Verpflichtung gesetzt, als welcher dann nur der Betrieb der Eisenbahn an sich (Zeerleder, Haftpflichtgesetzgebung S. 36) angenommen werden könnte, so ergäbe sich die Inconvenienz, dass für Sachbeschädigungen, welche bei einem Eisenbahnunfalle, also auch infolge des Eisenbahnbetriebs entstanden sind, ein anderer Verpflichtungsgrund gedacht werden müsste als bei Körperverletzung, und dann auch für beides möglicherweise verschiedene Gerichtsstände begründet wären, obschon beides auf dem gleichen Thatbestand als dem die Obligation erzeugenden Momente beruht. Es ist aber schwer einzusehen, warum einer, der eine Waare hier aufgegeben und in Mönchenstein verloren hat, vor hiesigem Richter auf Entschädigung klagen kann, nicht aber der, welcher selbst verunglückt ist, oder gar warum einer, der in Mönchenstein das Bein gebrochen und zugleich sein im Gepäckwagen mitgeführtes Koffer eingebüsst hat, wegen dieses Koffers hier klagen könnte, nicht aber wegen seines Beinbruchs und allenfalls nach Art. 8 des Bundesges. wegen des unter seiner Obhut gebliebenen und zerstörten Handgepäcks. Denn beide Schadenersatzklagen entspringen doch aus gleichem Rechtsverhältniss und beruhen auf gleichem Rechtsgrunde. Oder aber: man müsste auch alle aus dem Bundesgesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen entspringenden Verpflichtungen als obligationes ex lege bezeichnen und damit überhaupt die Existenz eines Transportvertrages bei Eisenbahnen verneinen, umsomehr da auch in diesem Bundesgesetze Specialvorschriften für die Haftpflicht aufgestellt sind, welche vom gewöhnlichen Transportvertragsrecht abweichen.

Aus diesen Gründen ist die heutige Klage als vor hiesigen Gerichten zulässig anzuerkennen.

---

117. *Haftpflicht aus Eisenbahnbetrieb. Art. 5, Abs. 2 des Bundesges. betr. die Haftpflicht der Eisenbahn- etc. Unternehmungen. Beweis des Selbstverschuldens.*

Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts v. 14. Mai 1892 i. S. Schaub c. N.-O.-B.

Der 26jährige J. A., Angestellter der Nordostbahn, wurde am 4. Juni 1891 bei einem Rangirmanöver im Bahnhofe Zürich überfahren und derart verletzt, dass er sofort starb. Er hinterliess neben 4 Geschwistern im Alter von 12 bis 25 Jahren eine 52jährige Mutter, welche in zweiter Ehe mit einem 32jährigen Manne verheirathet war, der die Stelle eines Stationsvorstandes mit einem jährlichen Gehalte von 1740 Fr. bekleidete. Die Vormundschaftsbehörde Namens der minderjährigen Geschwister verzichtete auf die Erhebung von Ansprüchen gegen die N.-O.-B., dagegen verlangte die Mutter gestützt auf Art. 2 und Art. 5 Abs. 2 des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes von der Bahnverwaltung eine Entschädigung von 1500 Fr. inbegriffen Fr. 176 Beerdigungskosten, indem sie behauptete und zum Beweise verstellte, dass der Getödtete seinen ganzen Erwerb ihrer Haushaltung habe zukommen lassen, und im Ferneren geltend machte, nach §§ 7 und 8 des zürcherischen Armengesetzes und § 441 des P. G. B. sei derselbe als Sohn ihr gegenüber unterstützungspflichtig gewesen. Die erste Instanz wies die Klage gänzlich ab mit der Begründung, dass nicht entscheidend sei, ob der Getödtete zur Zeit seines Todes der Klägerin Unterstützung thatsächlich gewährt habe, sondern vielmehr, ob er hiezu verpflichtet gewesen sei, wovon aber in concreto nicht die Rede sein könne, da es in erster Linie Pflicht des Ehemannes sei, für angemessenen Unterhalt der Klägerin zu sorgen; das Beweisanerbieten der Klägerin sei somit irrelevant und nicht zu berücksichtigen. Die zweite Instanz wies die Klage betr. die Entschädigung ab, hiess sie dagegen betr. die Beerdigungskosten gut.

Aus den Gründen: 1. Die Ansicht der ersten Instanz, wonach es zum Fundamente der Klage gehöre, dass der Verunglückte im Momente des Unglücksfalles eine Verpflichtung zur Unterstützung der Klägerin gehabt haben müsse, ist richtig, wenn man annimmt, Art. 5 cit. habe den Sinn, dass zur Zeit des Todes des Verunglückten alle Voraussetzungen der Unterstützungspflicht vorgelegen haben müssen. Es könnte derselben aber nicht beigetreten werden, wenn Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass die citirte Gesetzesstelle in einem weiteren Umfange zu interpretiren sei. Hiefür scheint

die weitere Fassung des Art. 6 lit. a des Bundesges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb zu sprechen, wonach der Fabrikherr überhaupt den Schaden zu ersetzen hat, welchen die Hinterlassenen eines Getödteten erleiden, wenn derselbe zu ihrem Unterhalte verpflichtet war. Das Bundesgericht hat i. S. Weibel c. Kanton Graubünden (A. E. XVI S. 416) sich diesbezüglich allgemein dahin ausgesprochen, das Gesetz wolle, dass den alimentationsberechtigten Hinterlassenen Ersatz für das ihnen entzogene Recht auf Unterhaltsgewährung zu Theil werde, ohne zu unterscheiden, ob dieses Recht bereits oder noch nicht wirksam geworden sei; die Hinterlassenen sollen durch eine Verpflichtung des Betriebsunternehmers ein Aequivalent für die wegfallende Unterhaltsberechtigung erhalten, welche deshalb, weil sie noch nicht wirksam geworden, nicht weniger ein Recht und daher nicht weniger zu ersetzen sei.

2. Gegen diesen weitgehenden Entscheid des Bundesgerichtes lassen sich verschiedene Bedenken äussern; jedenfalls wird es vom rechtlichen Standpunkte aus schwierig sein, die sofortige Zubilligung einer Entschädigungssumme zu rechtfertigen, vielmehr könnte es sich wohl nur um die Gutheissung einer allfällig gestellten Feststellungsklage handeln; auch würden sich speziell nach zürcherischem Rechte sonderbare Consequenzen ergeben, wenn bei Wegfall der Alimentationspflicht durch den Tod eines gesetzlich Verpflichteten in allen Fällen Ersatz für das entgangene Recht im Sinne des obigen Entscheides gegeben werden müsste. Es lässt sich aber auch eine Auslegung des Art. 5 Abs. 2 denken, welche in der Mitte steht zwischen derjenigen des Bezirksgerichtes Zürich und der angeführten des Bundesgerichtes, wonach Schadensersatz zu sprechen ist, auch wenn der Anspruch auf Alimentation zur Zeit des Todes noch nicht existent ist, wo aber vorauszusehen ist, dass bei normalem Gange der Dinge in gewisser Zeit der Hinterlassene unterstützungsbedürftig werden wird und der Verunglückte dannzumal unterstützungsfähig sein würde. Hier entsteht die Frage, ob nicht der Gesetzgeber auch für solche Fälle einen Anspruch auf Ersatz des Schadens habe geben wollen, m. a. W., ob nicht der Gedanke, der ihn bei der weiteren Fassung des Art. 6 des Fabrikhaftpflichtgesetzes geleitet, schon bei Erlass des Eisenbahnhaftpflichtgesetzes vorgeschwebt und lediglich eine unbeabsichtigte beschränktere Formulirung erhalten habe.

3. Das Gericht ist indessen in seiner Mehrheit der Ansicht, dass der Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 für die engere Interpretation spreche, dass also der Alimentationsanspruch

zur Zeit des Todes des Verpflichteten bereits existent gewesen sein müsse; das erstinstanzliche Urteil ist daher in der Hauptsache zu bestätigen.

4. Dagegen ist die Beklagte zu verpflichten zum Ersatz der Beerdigungskosten (deren Quantitativ event. nicht angefochten worden ist); denn von einer Abweisung der Klage wegen Selbstverschuldens kann nicht die Rede sein. Wenn auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür vorhanden ist, dass der Verunglückte seinen Tod selbst verschuldet habe durch Nichtbeachtung der bestimmten Weisungen seiner Vorgesetzten, so kann doch nicht gesagt werden, dass dies allein die Ursache gewesen ist und dass jede andere Möglichkeit ausgeschlossen sei; so lange aber irgend eine solche Möglichkeit denkbar ist, ist der Beweis des Selbstverschuldens nicht geleistet, und es sind daher von der Beklagten die Kosten der Beerdigung nach Art. 5 des cit. Ges. zu bezahlen.

(Vgl. Blätter für handelsrechtl. Entscheidungen Bd. XI S. 147 ff.)

---

118. *Main-levée provisoire. Est-elle admissible en cas de contestation de la signature? Art. 82 s. Loi P. et F.*

Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 12 juillet 1892 d. l. c. Félix c. Gély.

Par commandement de payer notifié le 28 mai 1892, Eugénie Félix a requis de Paul Gély le paiement d'un billet de change du 18 novembre 1891, au 18 mai 1892, du capital de 300 fr., avec accessoires etc. Par acte du 30 mai 1892, F. Charrière, tuteur de l'interdit P. Gély, a fait opposition à ce commandement de payer, en alléguant que Gély n'avait pas signé le billet de change du 18 novembre 1891. Cette opposition fut soumise au président du Tribunal de Lausanne, lequel, après avoir entendu les représentants des parties, prononça que, la signature du billet étant contestée, l'opposition est admise, en vertu de l'art. 182 § 2 de la loi sur la poursuite. Eugénie Félix ayant recouru contre cette décision, estimant que les dispositions applicables à l'espèce sont les art. 82 ss. de la loi, le Tribunal cantonal a admis le recours et réformé l'ordonnance du vice-président, en ce sens que, en application des art. 82 et 83 al. 2 L. P., Gély est admis à ouvrir une action en libération de dette dans les dix jours.

M o t i f s: Considérant que P. Gély n'est pas inscrit au registre du commerce et que le créancier ne peut diriger

contre ce débiteur la poursuite pour effets de change, prévue aux articles 177 ss. de la loi sur la matière;

Considérant que la décision du président de Lausanne, rendue en vertu de l'art. 182 de la loi fédérale, est susceptible de recours au Tribunal cantonal, à teneur de l'art. 29 de la loi vaudoise sur la poursuite;

Que, dès lors, le président aurait dû, en présence du fait que le poursuivi G. ne justifiait pas, séance tenante, de sa libération, accorder à E. Félix la main-levée provisoire de l'opposition.

Anmerkung der Redaction. Der Vergleich der Entscheidungen beider Instanzen zeigt das sonderbare Ergebniss, dass der Entscheid des Obergerichtes, obschon er den Schuldner der gewöhnlichen Betreibung unterstellt, ihn strenger behandelt als der Entscheid des Untergerichtes, das ihn — unrichtiger Weise — der Wechselbetreibung unterwarf. Nach der deutschen Redaction des Art. 82 hätte der Richter die Rechtsöffnung aussprechen müssen, „sofern der Betriebene nicht Einwendungen, welche die Schuldanerkennung entkräften, sofort glaubhaft macht;" das Obergericht hätte also entscheiden sollen, ob die Behauptung der Unechtheit der Unterschrift glaubhaft sei,[1] wobei es sich nach dem Gedanken des summarischen Verfahrens nicht um einen strikten Beweis, sondern um eine Wahrscheinlichkeit gehandelt hätte. Aus den Motiven des Obergerichts ergiebt sich nun aber nicht, dass es die Wahrscheinlichkeit der Unechtheit geprüft habe, sondern es constatiert, dass der Beklagte „ne justifiait pas de sa libération". In der That bestimmt der französische Text des Art. 82, der Richter habe Rechtsöffnung auszusprechen, „si le poursuivi ne justifie séance tenante de sa libération." Aus dem Ausdrucke „justifier de sa libération" liest nun das Obergericht nicht das „glaubhaft machen", nicht den Beweis der Wahrscheinlichkeit, sondern den Beweis der Wahrheit.

Diese Interpretation des Art. 82 führt zu einem viel strengeren Verfahren als die Anwendung des viel deutlicheren Art. 182, der sich auf die Wechselbetreibung bezieht. Nach diesem Artikel muss der Richter den Rechtsvorschlag gegen die Wechselbetreibung dem Betriebenen bewilligen, „lorsqu'il allègue la fausseté du titre et que son dire paraît vraisemblable." Bei Art. 182 genügt also die Wahrscheinlichkeit der Unechtheit zur Sistierung der Betreibung,

---

[1]) Wenn man nicht geradezu sagen will — was vieles für sich hat — die Behauptung der Unechtheit gestatte überhaupt nicht die Annahme einer Schuldanerkennung, daher sei die provisorische Rechtsöffnung unter keinen Umständen zu bewilligen.

bei Art. 82 nach der Auslegung des Obergerichts bedarf es zur Abwendung der Rechtsöffnung des strikten Beweises der Unechtheit. Dieses Ergebniss ist unbefriedigend.

---

119. *Viehwährschaft. Tragweite des Concordats vom 5. Juni 1855 über Bestimmung und Gewähr der Viehhauptmängel.*

a) **Thurgau.** Urtheil des Obergerichts v. 2. Juli 1892 i. S. Nägeli c. Oberhänsli.

Bei Verkauf einer Kuh um den Preis von Fr. 500 am 12. October 1891 garantierte der Verkäufer für 25wöchige Trächtigkeit. Eine vom Käufer am 12. Januar veranlasste thierärztliche Untersuchung constatierte, dass die Kuh nicht trächtig sei, worauf der Käufer am 26. Januar den Verkäufer amtlich zur Zurücknahme des Thiers auffordern und auf Weigerung des letztern die Kuh amtlich versteigern liess. Der Erlös betrug 355 Fr. Der Käufer forderte nun die Differenz von 145 vom Verkäufer zurück, der einwendete, der Käufer habe zu spät reclamiert. Hiegegen machte dieser geltend, dass nicht das Obligationenrecht, sondern gemäss § 6 des Viehwährschaftsconcordats lediglich der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag zur Anwendung komme, und nach diesem jede innerhalb der Garantiezeit erhobene Reclamation, also auch noch die vom 26. Januar, als eine rechtzeitige anzusehen sei. Beide Instanzen sprachen dem Käufer seine Forderung zu, das Obergericht mit folgender Motivierung:

Nach Art. 890 O. R. gelten beim Handel mit Vieh hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel die Vorschriften des Concordates über die Viehhauptmängel. Allein das Concordat bezieht sich nur auf die sog. Viehhauptmängel, und um einen solchen handelt es sich im vorliegenden Falle nicht. Ueber die Gewährleistung für andere Mängel können gemäss § 6 des Concordates die Parteien durch Vertrag besondere Vereinbarungen treffen, wie dies zwischen den heutigen Litiganten geschehen ist. Für die Beurtheilung solcher besonderer vertraglicher Vereinbarungen sind in Ermanglung anderer Normen die Bestimmungen des Obligationenrechts subsidiär anwendbar.

Es ist demnach im vorliegenden Falle zu untersuchen, ob der Appellat (der Käufer) der Vorschrift des Art. 246 O. R., welcher den Käufer zu beförderlicher Prüfung der empfangenen

Sache und zu sofortiger Anzeige allfälliger Mängel verpflichtet, Genüge geleistet habe. In dieser Hinsicht ist zu bemerken, dass für den Nicht-Fachmann die Trächtigkeit einer Kuh mitunter bis auf wenige Wochen vor dem Ende der Trächtigkeitsdauer zweifelhaft sein kann. Nach den übereinstimmenden Angaben der Parteien hätte die Trächtigkeit der gekauften Kuh am 26. Januar 1892 zu Ende gehen sollen. Der Garantieschein des Verkäufers lautete aber nicht dahin, dass die Kuh spätestens am 26. Januar werfen müsse, sondern es war in dem Scheine der Fall ausdrücklich vorgesehen, dass die Kuh „verhältnissmässig später kalbern" könnte, als es hätte geschehen müssen, wenn dieselbe zur Zeit des Kaufabschlusses am 12. October bereits 25 Wochen trächtig gewesen wäre. Mit Rücksicht auf diese im Garantiescheine selbst vorgesehene Möglichkeit war der Käufer im December 1891, wenngleich er damals die Trächtigkeit noch nicht erkennen konnte, keineswegs zu dem Schlusse genöthigt, die Kuh sei überhaupt nicht trächtig, sondern er konnte annehmen, die Trächtigkeit dauere möglicherweise erheblich länger, als ihm zugesichert worden. Unter diesen Verhältnissen erscheint es als genügend, wenn er nur innerhalb der ihm garantirten minimalen Trächtigkeitsdauer seine Reclamationen dem Verkäufer anzeigte, was denn auch wirklich geschehen ist. Die Anzeige vom 26. Januar ist demnach nicht verspätet; in Folge dessen ist der Verkäufer für die von ihm zugesicherte, aber nicht vorhanden gewesene Eigenschaft der Trächtigkeit gewährspflichtig, und daher die Forderung des Käufers qualitativ begründet.

b) **Baselstadt.** Urtheil des Civilgerichts vom 20. November 1891 i. S. Geismar c. Soder.

Am 18. August 1891 kaufte R. Soder von S. Geismar ein Pferd für Fr. 1250 und nahm es mit sich, brachte es aber am 5. September in Abwesenheit des Geismar wieder in dessen Stall zurück und weigerte sich den Kauf zu halten, weil das Pferd an Mängeln leide, die es zum Gebrauch in seinem Geschäfte untauglich machen. Das Civilgericht verurtheilte ihn zur Annahme des Pferdes.

Motive: Das Obligationenrecht behält in seinen Uebergangsbestimmungen (Art. 890) für den Handel mit Vieh hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mängel ausdrücklich das cantonale Recht vor. Sofern also überhaupt cantonale Bestimmungen hierüber bestehen, sind nur diese und nicht die allgemeinen Sätze des O. R. über Gewährleistung beim Kauf-

vertrage massgebend. Nun ist durch das Gesetz vom 5. Juni 1855 betreffend Beitritt zum Concordat über Gewährleistung bei Viehhauptmängeln der Inhalt dieses Concordates auch zum innercantonalen Recht für Basel-Stadt erhoben worden. Es tritt daher an Stelle des Art. 243 ff. O. R. über Gewährleistung für den Viehkauf das Recht des Concordats. Nach diesem aber ist der vom Beklagten gerügte Mangel kein solcher, für den der Verkäufer einzustehen hätte, und hiezu kommt noch, dass Beklagter es unterlassen hat, in der vom Concordat vorgeschriebenen Art und Weise rechtzeitig, d. h. innerhalb der Währschaftszeit den Mangel constatieren zu lassen.

Bemerkung der Redaction: Es ist aus dem Thurgauer Urtheil nicht klar ersichtlich, ob der Richter auch Mangels besonderer Garantieübernahme des Verkäufers die Anwendbarkeit des gemeinen Rechts auf Fälle von Nachwährschaft für andere Mängel als Hauptmängel angenommen, oder nicht vielmehr die Auffassung des Basler Gerichts getheilt hätte. Diese letztere scheint uns nicht gerechtfertigt, obschon wir wohl wissen, dass manche Gesetze dieses Princip aufgestellt haben. Aber aus dem Concordat kann doch an sich nicht herausgelesen werden, dass der Verkäufer für andere als Viehhauptmängel überhaupt gar nicht (ausser bei dolus oder specieller Garantie) zu haften habe.

I. Alphabetisches Sachregister.

II. Gesetzesregister.

I. Bundesverfassung.

II. Obligationenrecht.

III. Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Juni 1881.

IV. Bundesgesetz über Civilstand und Ehe vom 24. December 1874.

III. Register nach Cantonen geordnet.

Zürich.

Bern.

Nr. 23 (Art. 813 O. R.). — Nr. 44 (Art. 346, 427 O. R.). — Nr. 84 (Art. 71 O. R.).

Luzern.

Nr. 19 (Art. 337 O. R.). — Nr. 110 (Art. 62 O. R.).

Baselstadt.

Nr. 16 (Art. 61 O. R.). — Nr. 17 (Art. 128 O. R.). — Nr. 89 (Art. 182 Betr. und Conc.-Ges.). — Nr. 116 (B.-Ges. über Bau der Eisenb.). — Nr. 119 b (Viehwährschafts-concordat).

Schaffhausen.

Nr. 83 (Art. 67 O. R.).

St. Gallen.

Nr. 24 (B.-V. Art. 59). — Nr. 40 (Art. 50, 55 O. R.).

Aargau.

Nr. 111 (Art. 145 O. R.).

Thurgau.

Nr. 26 (Fabrikhaftpflicht.) — Nr. 41 (Art. 61 O. R.). — Nr. 119 a (Viehwährschaftsconcordat).

Vaud.

Nr. 20 (Art. 398 C. O.). — Nr. 85 (Art. 309, 310, 881 C. O.). — Nr. 87 (Art. 92 loi P. et F.). — Nr. 118 (Art. 82 loi P. et F.).

Neuchâtel.

Nr. 15 (Art. 50, 55 C. O.). — Nr. 45 (Art. 5, 12, 489 C. O.). — Nr. 109 (Art. 50, 62 C. O.).

Genève.

Nr. 14 (Art. 16 C. O.). — Nr. 22 (Art. 762 s., 813 C. O.). — Nr. 42 (Art. 65 C. O.). — Nr. 43 (Art. 146 s. C. O.). — Nr. 86 (Art. 50, 867 s., 876 C. O.). — Nr. 90 (Art. 287 C. O. Art. 297, 38, 319 loi P. et F.). — Nr. 108 Art. 50, 55 C. O.). — Nr. 114 (Art. 283 C. O.). — Nr. 115 (Art. 748, 827 C. O.).

Ex. J. J. K
3/12/11

